Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 1 – Num. 1
Novembre 2012

Edizioni
Ca'Foscari

RICERCHE GIURIDICHE

QUADERNI DELLA SCUOLA DOTTORALE INTERATENEO IN SCIENZE GIURIDICHE CA' FOSCARI
E DEL CENTRO STUDI GIURIDICI DEL DIPARTIMENTO DI ECONOMIA

La rivista, con periodicità semestrale fatta salva la pubblicazione di eventuali supplementi, è espressione della Scuola dottorale interateneo in Scienze Giuridiche Ca' Foscari e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia e si propone prioritariamente di divulgare nella comunità scientifica i risultati delle ricerche condotte da giovani studiosi (specie dottorandi e dottori di ricerca, a maggior ragione se partecipanti ad uno dei dottorati di ricerca aderenti alla Scuola), ma anche di ospitare lavori di docenti e studiosi affermati, soprattutto se interni o in rapporto con le iniziative culturali della Scuola o del Centro.

Valutazione dei contributi

I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole.
1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza ecc.).
2. Non sono sottoposti a valutazione esclusivamente i contributi dei componenti il Comitato scientifico della Rivista.
3. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, perché il medesimo – entro un congruo termine – formuli il proprio giudizio.
4. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
5. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei membri del Comitato per la valutazione. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni del Comitato per la valutazione, assumendosi la responsabilità della verifica.

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
Fabio Addis
Enrico Camilleri
Raffaele De Luca Tamajo
Delia La Rocca
Carlo Paterniti
Vincenzo Troiano

Direzione e redazione
Università Ca' Foscari Venezia
Dipartimento di Economia – Sede di Ca' Bottacin
Dorsoduro, 3911
30123 Venezia
tel. 041-2347611
fax 041-5242482
e-mail ricerchegiuridiche@unive.it

SOMMARIO

PRESENTAZIONE

Negli ultimi tempi, complice anche il notevole incremento dei costi di produzione e di stampa, si assiste con una certa frequenza alla nascita di nuove riviste diffuse attraverso internet, *pure nello specifico ambito delle discipline giuridiche. Per vero, se in un primo momento solo con una certa benevolenza alla maggior parte di queste pubblicazioni si poteva ascrivere carattere propriamente scientifico, molte recenti iniziative di editoria elettronica sono invece promosse da università, centri ed enti di ricerca di indiscusso prestigio e da studiosi di primissima levatura, sicché il quadro d'insieme dei periodici* on-line *si presenta oggi alquanto vario e diversificato, confermando una diffusa tendenza a valorizzare la rete nelle sue possibilità comunicative anche di alto livello.*

Per altro verso, i nuovi strumenti di diffusione del sapere e di circolazione delle idee offrono notevoli potenzialità a vantaggio di chi muove i primi passi nel campo della ricerca scientifica, talvolta in difficoltà nel pubblicare il frutto delle proprie riflessioni.

Sono queste, in sintesi, le considerazioni che hanno convinto i componenti della Scuola dottorale interateneo in Scienze Giuridiche Ca' Foscari e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dello stesso Ateneo a rendersi promotori di questa nuova rivista, che – almeno nella fase di avvio – avrà cadenza semestrale, fatta salva la pubblicazione di eventuali «supplementi».

«Ricerche giuridiche» intende dunque proporsi, in primo luogo, come spazio aperto offerto ai giovani studiosi (soprattutto dottorandi e dottori di ricerca, a maggior ragione se partecipanti ad uno dei dottorati di ricerca aderenti alla Scuola) per la divulgazione dei risultati della loro attività di studio. Ad evidenziare tuttavia un ideale trait d'union *tra le diverse "generazioni", in ogni numero della rivista si cercherà di ospitare anche contributi di docenti e studiosi già affermati, specie – ma*

ovviamente non solo – se in rapporto con le iniziative culturali della Scuola o del Centro Studi.

La rivista è articolata in tre sezioni, non necessariamente tutte presenti in ciascun fascicolo. La prima, denominata «Saggi», raccoglie articoli e contributi nei diversi ambiti nei quali si articola il sapere giuridico, nonché trascrizioni o rielaborazioni di interventi tenuti da docenti nel contesto delle attività didattiche dei dottorati di ricerca afferenti alla Scuola. Nella sezione «Papers» trovano invece spazio, prevalentemente, sintetici approfondimenti condotti dai dottorandi di ricerca nell'ambito di «workshop» dottorali. Infine, un «Osservatorio» di giurisprudenza ospita note e commenti a decisioni ritenute meritevoli di diffusione.

All'utente sarà possibile scaricare l'intero fascicolo e, se lo ritiene, stamparlo al pari di una qualunque pubblicazione cartacea, ovvero procedere al download *di un singolo contributo.*

La rivista sottopone i contributi proposti per la pubblicazione alla c.d. peer review*, secondo le regole riportate nelle pagine di apertura di ciascun fascicolo e conformandosi al riguardo ai più diffusi* standards *internazionali in materia di pubblicazioni scientifiche. Doveroso in proposito un ringraziamento ai numerosi e qualificati studiosi, tutti docenti universitari in Italia o all'estero, che si sono resi disponibili per l'attività di valutazione.*

Siamo sin d'ora grati a quanti – studiosi rinomati o giovani promesse – vorranno contribuire all'affermazione di questa nuova iniziativa editoriale, sia inviando contributi per la pubblicazione sia fornendo spunti e suggerimenti.

La Direzione Scientifica

PARTE I

SAGGI

Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese

Lorenzo De Angelis
Professore ordinario di Diritto commerciale
nell'Università Ca' Foscari Venezia

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I prodromi del corporativismo cattolico: la *Rerum novarum*. – 3. L'introduzione del sistema corporativo in Italia: la Carta del Lavoro. – 4. La pietra miliare nella dottrina sociale della Chiesa: la *Quadragesimo anno*. – 5. La costante conferma dei princìpi espressi dalla *Quadragesimo anno* nelle successive encicliche sociali. – 6. Mancata attuazione pratica delle norme corporative in Italia. – 7. L'influenza del corporativismo sul Codice civile del 1942. – 8. Il precetto dell'art. 46 della Costituzione rimasto "lettera morta". – 9. Le prospettive alla luce del diritto comunitario.

1. Introduzione

L'art. 46 della Costituzione della Repubblica italiana "fondata sul lavoro" testualmente dispone: «*Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende*» [*rectius*: delle imprese].

Mai precetto costituzionale fu più disatteso di questo.

Eppure esso – così sinteticamente e lucidamente espresso – è frutto della cultura giuridica, e non soltanto giuridica, che ha permeato in profondità il nostro Paese attraverso esperienze politiche e sistemi di governo pur diversissimi tra loro, la quale tuttavia – con una continuità ideale non sempre compresa e non sempre accettata – ha fatto dell'Italia, almeno sulla carta, uno degli Stati economicamente progrediti più avanzati sul piano sociale e delle relazioni industriali.

Alla tematica della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese in cui prestano la loro opera – finora, per vero, non molto dif-

fusamente affrontata dagli studiosi, quanto meno in epoca recente – si ravvisa opportuno dedicare alcune riflessioni nella prospettiva specifica del diritto dell'impresa e, a valle di questo, del diritto societario.

2. *I prodromi del corporativismo cattolico: la* Rerum novarum

Tutto nacque sul finire dell'Ottocento, quando un Pontefice illuminato e antiveggente si rese conto che il magistero della Chiesa non poteva più ignorare i rapporti sociali che si intessevano nel mondo del lavoro e che la teoria marxista da alcuni decenni – per la precisione dal 1848, anno in cui *Das Kapital* fu dato alle stampe – e in tutta Europa andava estremizzando. Leone XIII, nel 1891, con la *Rerum novarum*, offerse una risposta fondata sul Vangelo al mito della lotta di classe: risposta che valorizzava l'associazionismo, dei prestatori come dei datori di lavoro(1), affidando a dei corpi intermedi quali le rispettive rappresentanze sindacali – o corporazioni, come si diceva allora – la missione di stemperare le controversie, di interporsi fra le parti direttamente interessate nelle vertenze sociali, a quel punto riguardanti pressoché unicamente le questioni salariali, di mediare tra le opposte esigenze, di cercare soluzioni negoziate ai conflitti anche assai aspri, talora soffocati nel sangue, che divampavano nelle fabbriche e nelle campagne. In questa enciclica – non a torto definita come *magna charta* dell'ordine sociale(2) – venne con chiarezza affermata l'indefettibile interdipendenza dei due massimi fattori della produzione industriale (in posizione subalterna era invero ancora tenuto lo *skill*, la capacità organizzativa in cui principalmente si sostanziano l'intelligenza e il lavoro dell'imprenditore, teorizzato da Adam Smith): «*Non può sussistere capitale senza lavoro, né lavoro senza capitale*»(3). E venne altresì spiegato che il lavoro non fosse una vile merce, ma che in esso dovesse riconoscersi, e da esso trasparire, la profonda dignità umana e personale del lavoratore(4).

Il nuovo secolo si aprì con l'immane carneficina della prima guerra mondiale, durante la quale si consumò la rivoluzione bolscevica del 1917, che mostrò ben presto il volto di quella dittatura del proletariato costituente l'organizzazione socio-politica del comunismo sovietico in cui si sostanziò lo sbocco dell'ideologia marxista-leninista. Quella rivoluzione,

(1) *Rerum novarum*, par. 36.

(2) *Quadragesimo anno*, cap. 4.

(3) *Rerum novarum*, par. 16.

(4) *Ibidem*.

cruenta e liberticida, ebbe tuttavia successo unicamente nella Russia zarista – ossia nello Stato europeo economicamente e socialmente meno progredito, i cui sudditi passarono inerti da una tirannia oscurantista a un'altra ben più brutale e spietata – mentre non riuscì negli altri Stati ove il capitalismo industriale aveva ormai definitivamente attecchito. Se, dunque, in Russia il problema dei rapporti fra capitale e lavoro era stato risolto *in radice* mediante l'abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione e la conseguente eliminazione dell'*humus* stesso in cui le imprese private avrebbero potuto sorgere e svilupparsi, altrove esso continuò ad occupare pensatori e statisti.

3. L'introduzione del sistema corporativo in Italia: la Carta del Lavoro

La prima proposizione che sul piano normativo si diede carico in maniera organica del problema comparve proprio in Italia. In quell'Italia che, nonostante l'ingente contributo di vite umane arrecato alla vittoria sugli imperi centrali nel primo conflitto mondiale, era stata pesantemente umiliata al tavolo della pace di Versailles dalle grandi democrazie plutocratiche – nelle quali peraltro fanciulli dodicenni venivano tranquillamente spediti a lavorare in miniera – e che sarebbe ben presto diventata lo Stato con la legislazione sociale più evoluta al mondo, venne infatti emanata nel 1927 la Carta del Lavoro, manifestamente ispirata alla dottrina sociale della Chiesa ed in particolare al corporativismo cattolico che aveva ricevuto la propria enunciazione e la propria definizione nella *Rerum novarum*.

La Carta del Lavoro – fondamento giuridico dello Stato corporativo italiano[5] – intendeva affidare alla contrattazione collettiva fra le organiz-

(5) Sulla riforma in senso corporativo del vecchio – e decadente – Stato liberale si rinvia, *ex plurimis*, a U. Spirito, *L'efficacia costituzionale della Carta del Lavoro*, in *Arch. studi corp.*, 1931, p. 163 ss.; Id., *Capitalismo, socialismo e corporativismo*, *ivi*, 1934, p. 233 ss. (in particolare sulla concezione corporativa germanica ed altre prospezioni comparatistiche in materia), la cui sfera d'indagine risulta sensibilmente dilatata e approfondita nel coevo scritto monografico *Capitalismo e corporativismo*, Firenze, 1934 [ed ora ristampato, con altri lavori, nel volume *Il corporativismo*, Edizione nazionale opere di Ugo Spirito, 18, per i tipi dell'editore Robbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2009, p. 505 ss., con introduzione di G. Rasi, p. 13 ss., ed appendice di A. Volpicelli, *I fondamenti ideali del corporativismo*, p. 679 ss.]; e a G. Bottai, *La Carta del Lavoro e l'esperienza corporativa*, in *Arch. studi corp.*, 1937, p. 1 ss.; e per quanto più direttamente attiene alle ricadute di tale riforma in campo giuridico, segnatamente sul diritto dell'impresa, si segnala la perspicua sintesi tracciata da L. Mossa – che fascista non era mai stato – nel suo volumetto *L'impresa nell'ordine corporativo*, Pisa, 1935, ove segnatamente i saggi *Il diritto alla impresa*, p. 59 ss., e *L'impresa nell'ordine nuovo*, p. 153 ss.; *cui adde* F. Ferrara, *Nuovi sviluppi del diritto corporativo*, in *Arch. studi*

zazioni sindacali rappresentative dei diversi interessi presenti all'interno delle imprese la disciplina dei rapporti di lavoro, riservando allo Stato una funzione di sintesi di tali interessi finalizzata allo sviluppo dell'economia nazionale e di conciliazione fra le contrapposte istanze qualora la contrattazione sindacale entrasse in fase di *impasse* suscettibile di frenare il perseguimento unitario di questo sviluppo. Ed invero il lavoro – in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali – era affermato come un dovere sociale; e al complesso della produzione venivamo affidati obiettivi convergenti individuati «*nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale*» (art. II). L'iniziativa privata nel campo della produzione era valorizzata come «*lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione*» (art. VII, co. 1), mentre l'intervento dello Stato nella produzione economica era previsto potesse aver luogo «*soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata*» – si pensi segnatamente alle ragioni della creazione dell'I.R.I. – «*o quando siano in gioco interessi politici dello Stato*» (art. IX).

Avendo dunque l'organizzazione privata della produzione una funzione di interesse nazionale, «*l'organizzatore dell'impresa* [cioè l'imprenditore, diremmo noi oggi] *è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva tra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera – tecnico, impiegato od operaio – è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità*» (art. VII, co. 2). Si delinea in queste scandite proposizioni una ben definita funzione sociale non solo, e non tanto, della proprietà – quale pure affermata all'art. 42 della vigente Costituzione repubblicana – ma addirittura dell'impresa, intesa *ante litteram* quale attività dell'imprenditore.

Sotto il profilo più specifico del diritto sindacale, la Carta del Lavoro affermava che le associazioni professionali – ossia i sindacati – avevano il compito di assicurare «*l'uguaglianza giuridica tra i datori di lavoro e i lavoratori*», nonché di mantenere «*la disciplina della produzione e del lavoro*» e di promuoverne il funzionamento (art. VI). Esse avevano inoltre «*l'obbligo di regolare, mediante contratti collettivi, i rapporti di lavoro fra le categorie di datori di lavoro e di lavoratori*» rappresentate (art. XI). «*Nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà tra i vari fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori e la loro subor-*

corp., 1931, p. 17 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *A proposito del regime giuridico della Carta del Lavoro*, *ivi*, 1941, p. 535 ss.; G. MAZZONI, *Le fonti corporative del diritto e le fonti del diritto corporativo: concetto, classificazione e rapporti*, *ivi*, 1941, p. 233; ed E. SOPRANO, *Il diritto dell'economia corporativa come disciplina autonoma*, *ivi*, 1942, p. 321 ss.

dinazione agli interessi superiori della produzione» (art. IV). A tal punto l'ordinamento corporativo confidava nella capacità di autoregolamentazione delle associazioni sindacali da prevedere che la determinazione del salario – la quale doveva essere correlata «*alle esperienze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro*» – fosse «*sottratta a qualsiasi norma generale e affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi*» (art. XII).

Su questa riforma in senso corporativo dello Stato, prima ancora che della disciplina dei rapporti interni all'impresa, non può omettersi di riferire il giudizio datone da Pio XI – il Papa della Conciliazione – nell'enciclica di poco successiva *Quadragesimo anno*, diffusa appunto nel quarantesimo anniversario della pubblicazione della *Rerum novarum* (1931), che di questa costituì non soltanto una convinta conferma, ma altresì la prosecuzione ideale ed un prezioso affinamento concettuale, anche sotto il profilo dei princìpi della scienza economica. Così si espresse, al riguardo, questa seconda enciclica sociale: «*Recentemente, come tutti sanno, venne iniziata una speciale organizzazione sindacale e corporativa, la quale, data la materia di questa Nostra Lettera enciclica, richiede da Noi qualche cenno e anche qualche opportuna considerazione.*

Lo Stato riconosce giuridicamente il sindacato e non senza carattere monopolistico, in quanto che esso solo, così riconosciuto, può rappresentare rispettivamente gli operai e i padroni, esso solo concludere contratti e patti di lavoro. L'iscrizione al sindacato è facoltativa, ed è soltanto in questo senso che l'organizzazione sindacale può dirsi libera; giacché la quota sindacale e certe speciali tasse sono obbligatorie per tutti gli appartenenti ad una data categoria, siano essi operai o padroni, come tutti sono obbligatori i contratti di lavoro stipulati dal sindacato giuridico. Vero è che venne autorevolmente dichiarato che il sindacato giuridico non esclude l'esistenza di associazioni professionali di fatto.

Le Corporazioni sono costituite dai rappresentanti dei sindacati degli operai e dei padroni della medesima arte e professione, e, come veri e propri organi ed istituzioni di Stato, dirigono e coordinano i sindacati nelle cose di interesse comune.

Lo sciopero è vietato; se le parti non si possono accordare, interviene il Magistrato.

Basta poca riflessione per vedere i vantaggi dell'ordinamento per quanto sommariamente indicato; la pacifica collaborazione delle classi, la repressione delle organizzazioni e dei conati socialistici, l'azione moderatrice di una speciale magistratura»[6].

[6] *Quadragesimo anno*, parr. 92-96.

Donde l'invito a non archiviare con sufficienza e superficialità questa importante conquista della cultura giuridica italiana sol perché raggiunta sotto un regime che in seguito avrebbe commesso errori epocali e si sarebbe assunto gravissime colpe, quali l'emanazione delle leggi razziali e l'entrata in guerra dell'Italia a fianco della Germania nazista, per evitare la leggerezza – come si suol dire – di gettar via il pupo assieme all'acqua sporca.

4. *La pietra miliare nella dottrina sociale della Chiesa: la Quadragesimo anno*

La *Quadragesimo anno* fu un'enciclica di grande spessore, non solo dal punto di vista spirituale e morale, ma anche sotto l'aspetto del chiarimento della posizione del magistero ecclesiale su molti profili di taglio prettamente temporale impingenti nell'alveo delle scienze giuridiche, economiche e sociali, finalmente dichiarate *apertis verbis* non aliene dalla sfera dell'ordine morale(7).

Questi, per sommi capi, i punti salienti:

a) il riconoscimento del diritto alla proprietà privata(8) con i temperamenti integrati dai doveri che incombono ai suoi titolari, che successivamente sarebbero stati compendiati nel concetto della "funzione sociale" a cui questa deve essere diretta, e con le limitazioni derivanti dal potere dello Stato finalizzato alla realizzazione del bene comune(9). Riguardo a queste ultime, merita tuttavia ricordare la piena condivisione di Pio XI del pensiero del suo predecessore Leone XIII, laddove asseriva «*non essere lecito allo Stato di aggravare tanto con imposte e tasse esorbitanti la proprietà privata da renderla quasi stremata*»(10). «*Poiché non derivando il diritto di proprietà privata da legge umana, ma da legge naturale, lo Stato non può annientarlo, ma semplicemente temperarne l'uso ed armonizzarlo col bene comune*»(11).

È di tutta evidenza l'influenza dell'enciclica sui princìpi che sarebbero stati in seguito statuiti dagli artt. 42 e 43 della vigente Costituzione repubblicana;

(7) *Ibidem*, parr. 42 e 89.

(8) Già affermato dalla *Rerum novarum*, par. 16 ss.

(9) *Quadragesimo anno*, parr. 44-52.

(10) *Ibidem*, par. 49.

(11) *Rerum novarum*, par. 35.

b) la riaffermazione del valore dell'associazionismo in campo sindacale – sia dei prestatori che dei datori di lavoro – e quindi dei corpi intermedi con lo scopo di tendere alla "concordia delle classi" mediante il superamento degli accanimenti della lotta di classe e, con espressione più moderna, all'elevazione sociale – tanto spirituale quanto materiale – dei lavoratori[12];

c) la constatazione, quale «*principio direttivo dell'economia*», che come «*l'unità della società umana non può fondarsi nella opposizione di classe, così il retto ordine dell'economia non può essere abbandonato alla libera concorrenza delle forze*», la quale, «*quantunque sia cosa equa certamente e utile se contenuta nei limiti bene determinati, non può essere in alcun modo il timone dell'economia*»[13]. Sulla libera concorrenza, vessillo dell'individualismo liberista egoistico ed alieno dalla ricerca del bene comune – che, quando diventa sfrenata, «*lascia sopravvivere solo i più forti, cioè, spesso i più violenti nella lotta* [per la concentrazione della ricchezza e per una dispotica padronanza dell'economia] *e i meno curanti della coscienza*»[14] – il Pontefice ha usato parole durissime, quanto mai adeguate al mondo in cui viviamo. Da questa – avverte l'enciclica – sono derivate «*conseguenze funeste*»: «*alla libertà del mercato è sottentrata la egemonia economica; alla bramosia del lucro è seguita la sfrenata cupidigia del predominio; e tutta l'economia è così divenuta orribilmente dura, inesorabile, crudele ... Nell'ordine poi delle relazioni internazionali, da una stessa fonte sgorgò una doppia corrente: da una parte il nazionalismo o anche l'imperialismo economico; dall'altra, non meno funesto ed esecrabile, l'internazionalismo bancario o imperialismo internazionale del denaro, per cui la patria* [parafrasando Pacuvio: n.d.a.] *è dove si sta bene*»[15]. Quanta verità, ma anche quanta profetica lungimiranza e quanta attualità in queste parole scritte ottant'anni orsono!

d) la critica, altrettanto severa ed equidistante, sia del socialismo – ed in particolare della sua manifestazione estrema, il comunismo – sia del capitalismo liberista. Al primo sono dedicati i parr. 112-125, che meriterebbero di essere letti per intero. Sul comunismo basta ricordare quel che è stato detto per descrivere la situazione venutasi a determinare allorché da filosofia utopistica si è trasformato in regime politico: «*dove si è impadronito del potere, si dimostra tanto più crudele e selvaggio, che sembra cosa incredibile e mostruosa. Di che sono prova le stragi*

(12) *Quadragesimo anno*, parr. 31-36 e 83-88.

(13) *Ibidem*, par. 89.

(14) *Ibidem*, par. 107, con rif. al par. 105.

(15) *Ibidem*, par. 109.

spaventose e le rovine che esso ha accumulato sopra vastissimi paesi dell'Europa Orientale e dell'Asia»[16].

Ma anche nei confronti del socialismo c.d. moderato Papa Ratti non è stato tenero, avendo proclamato – questo il verbo usato – «*che il socialismo, sia considerato come dottrina, sia considerato come fatto storico, sia come 'azione', se resta veramente socialismo, … non può conciliarsi con gli insegnamenti della Chiesa cattolica. Giacché il suo concetto della società è quanto può dirsi opposto alla verità cristiana*»[17]. Esso «*si fonda su una dottrina della società umana, tutta sua propria e discordante dal vero cristianesimo. Socialismo religioso e socialismo cristiano sono dunque termini contraddittori: nessuno può essere buon cattolico ad un tempo e vero socialista*»[18]. Ed infine. «*È Nostro dovere pastorale quindi mettere … in guardia dal danno gravissimo e imminente, e si ricordino tutti che di cotesto socialismo educatore è padre bensì il liberalismo, ma l'erede è e sarà il bolscevismo*»[19].

Alla critica, altrettanto dura e stringente, nei confronti del capitalismo industriale di stampo liberista già si è accennato in precedenza. Essa è contenuta soprattutto nei parr. 103-109 e si incentra essenzialmente sulla sete di ricchezza e di potere che ne pervade gli attori – i quali sovente «*non sono neppure proprietari, ma solo depositari e amministratori del capitale* [i *managers*, diremmo oggi: n.d.a.] *di cui essi però dispongono a loro grado e piacimento*»[20] – che «*genera tre specie di lotte per il predominio: dapprima si combatte per la prevalenza economica; di poi si contrasta accanitamente per il predominio sul potere politico …; infine si lotta tra gli stessi Stati*». Anche qui non è difficile intravvedere la profetica intuizione di Pio XI circa l'imminente deflagrazione del nuovo conflitto mondiale che avrebbe sconvolto, questa volta, non solo l'Europa.

Per evitare gli opposti errori del capitalismo e del socialismo e per superare le «*ingiuste rivendicazioni*» sia del capitale che del lavoro, il Pontefice – sulle orme di chi lo aveva preceduto quarant'anni prima sul soglio di Pietro – indicò la strada maestra, tanto semplice da enunciare quanto difficile da seguire: quella della giustizia sociale e della carità sociale costituenti, la prima, il nuovo «*ordine giuridico e sociale a cui l'economia tutta* [è necessario che] *si conformi*» e, la seconda, «*l'anima di questo ordine, alla cui tutela e rivendicazione efficace deve attende-*

(16) *Ibidem*, par. 112.

(17) *Ibidem*, par. 117.

(18) *Ibidem*, par. 120.

(19) *Ibidem*, par. 121.

(20) *Ibidem*, par. 105.

re l'autorità pubblica»[21]. Così prosegue l'enciclica: «*Essendo dunque l'ordinamento economico moderno fondato particolarmente sul capitale e sul lavoro, devono essere conosciuti e praticati i precetti della retta ragione, ossia della filosofia sociale cristiana, concernenti i due elementi menzionati e le loro relazioni. Così, per evitare l'estremo individualismo da una parte, come del socialismo dall'altra, si dovrà soprattutto avere riguardo del pari alla doppia natura, individuale e sociale, propria tanto del capitale e della proprietà, quanto del lavoro*»[22]. Ed offre altresì la ricetta sul piano concreto, tracciata dall'auspicio che «*il contratto di lavoro venga temperato alquanto col contratto di società, come già si è incominciato a fare in diverse maniere, con non poco vantaggio degli operai stessi e dei padroni. Così gli operai diventano cointeressati o nella proprietà o nell'amministrazione, e compartecipi in certa misura dei lucri percepiti*»[23].

Ritorna dunque la partecipazione – non solo, si badi, ai lucri percepiti dalle imprese, ma anche alla proprietà e all'amministrazione di queste, nella duplice accezione dell'azionariato e della cogestione dei lavoratori – che è la colonna portante del corporativismo cattolico, nel quale principalmente si sostanzia la dottrina sociale della Chiesa.

5. La costante conferma dei princìpi espressi dalla Quadragesimo anno nelle successive encicliche sociali

Le encicliche sociali succedutesi a quelle fin qui prese in considerazione hanno costantemente confermato, senza eccezione alcuna, i princìpi e gli insegnamenti in esse contenuti, reiterandoli alla luce dell'evoluzione delle situazioni socio-economiche dei diversi momenti storici nei quali vennero emanate[24].

Così, la riaffermazione del diritto alla proprietà privata, anche e segnatamente dei mezzi di produzione, trovasi espressa in maniera inequivoca nella *Mater et magistra* del 1961[25], con la quale Giovanni XXIII – il cui pen-

(21) *Ibidem*, par. 89.

(22) *Ibidem*, par. 110.

(23) *Ibidem*, par. 67.

(24) Per quanto in particolare concerne il magistero in campo sociale dei Pontefici Giovanni XXIII e Paolo VI, nonché le costituzioni pastorali del Concilio Vaticano II, si rinvia alla raccolta di documenti *Pensiero sociale della Chiesa oggi*, a cura di I. Giordani, Roma, 1974.

(25) *Mater et magistra*, spec. *in subiecta materia* par. 63. A questa enciclica deve annettersi un'influenza decisiva sulla di poco posteriore costituzione conciliare *Gaudium et*

siero è stato troppo spesso, e malamente, travisato per scopi biecamente strumentali di propaganda politica – ha solennemente attestato che «*il diritto di proprietà privata sui beni anche produttivi ha valore pienamente, … perché è diritto naturale fondato sulla priorità ontologica e finalistica dei singoli esseri umani nei confronti della società*»(26), fatta salva l'indeffettibile funzione sociale della stessa(27); *cui adde*, in anni a noi più vicini, soprattutto le due encicliche diramate da Giovanni Paolo II rispettivamente nel novantesimo(28) e nel centesimo(29) anniversario della *Rerum novarum*, con la quale pure si posero in linea di stretta continuità ideale.

L'imprescindibile necessità dell'organizzazione sociale filtrata attraverso i prefati corpi intermedi, e dunque dell'associazionismo anche in campo sindacale, è stata poi ribadita, *su per li rami* e da ultimo, dallo stesso Pontefice il quale – con specifico riguardo alle associazioni professionali di imprenditori e operai – ha ricordato come la libertà di formare associazioni private sia insito nel diritto naturale dell'uomo, di cui gli Stati non possono proibire l'espressione(30); e che tali «*società intermedie*» «*svolgono funzioni primarie ed attivano specifiche reti di solidarietà …* [che] *innervano il tessuto sociale, impedendo che scada nell'anonimato ed in un'impersonale massificazione*», ed ausiliano gli individui – intesi come persone e non soltanto come produttori e consumatori di merci, da un lato, o come oggetti delle amministrazioni statuali, dall'altro – a sottrarsi al soffocamento tra i due poli dello Stato e del mercato, in quanto «*la convivenza tra gli uomini non è finalizzata né al mercato né allo Stato, poiché possiede in se stessa un singolare valore che Stato e mercato devono servire*»(31). «*Si apre* – puntualizza il Pontefice – *un grande e fecondo campo di impegno e di lotta, nel nome della giustizia, per i sindacati e per la altre associazioni dei lavoratori che ne difendono i diritti e ne tutelano la soggettività … per farli partecipare in modo più pieno e degno alla vita della Nazione ed aiutarli lungo il cammino dello sviluppo*»(32).

spes del 1965, in *I documenti del Concilio Vaticano secondo. L'ora del Concilio*, V, Milano, 1966, p. 168 ss.

(26) *Mater et magistra*, par. 96, in piena e dichiarata adesione ai concetti espressi da Pio XII nel radiomessaggio del 1° settembre 1944.

(27) *Mater et magistra*, parr. 106-109.

(28) *Laborem exercens* del 1981, spec. par. 14.

(29) *Contesimus annus* del 1991, spec. parr. 6 e 30-31.

(30) *Ibidem*, par. 7; v. altresì il successivo par. 13.

(31) *Ibidem*, par. 49.

(32) *Ibidem*, par. 35, ove è indicata come alternativa agli erronei modelli del capitalismo individuale ed egoistico e del capitalismo di Stato, o socialismo, la «*società del lavoro libe-*

In questo essenzialmente consiste la «*perenne attualità della dottrina sociale della Chiesa*»: nel principio fondamentale, appunto, «*che i singoli esseri umani sono e devono essere il fondamento, il fine e i soggetti di tutte le istituzioni in cui si attua la vita sociale*»[33]; e, come esseri umani, è pienamente «*legittima nei lavoratori l'aspirazione a partecipare attivamente alla vita delle imprese, nelle quali sono inseriti e operano. Non è possibile predeterminare i modi e i gradi di una tale partecipazione, essendo essi in rapporto con la situazione concreta che presenta ogni impresa: situazione che può variare da impresa a impresa, e nell'interesse di ogni impresa* è *soggetta a cambiamenti spesso rapidi e sostanziali*». Donde il richiamo dell'attenzione sul fatto che «*il problema della presenza attiva dei lavoratori esiste sempre, sia l'impresa privata o pubblica*»; e l'anelito «*a che l'impresa divenga una comunità di persone nelle relazioni, nelle funzioni e nella posizione di tutti i suoi soggetti*»[34].

Nell'ambito di tale comunità «*l'uomo che lavora desidera non solo la debita remunerazione per il suo lavoro, ma anche che sia presa in considerazione nel processo stesso di produzione la possibilità che egli lavorando, anche in una proprietà comune, al tempo stesso sappia di lavorare 'in proprio' ... L'insegnamento della Chiesa ha sempre espresso la ferma e profonda convinzione che il lavoro umano non riguarda soltanto l'economia, ma coinvolge anche, e soprattutto, i valori personali ... Si deve fare di tutto perché l'uomo ... possa conservare la consapevolezza di lavorare 'in proprio'. In caso contrario, in tutto il processo economico sorgono necessariamente danni incalcolabili, e danni non solo economici, ma prima di tutto danni nell'uomo*»[35]. Concetto, questo, ancor più di recente ripreso e confermato, quasi alla lettera, dall'attuale Pontefice Benedetto XVI[36] il quale, descrivendo il prevalente significato dell'imprenditorialità alla luce di una serie di motivazioni metaeconomiche, ha asserito che questa, «*prima di avere un significato professionale, ne ha uno umano. Essa è inscritta in ogni lavoro, visto come* 'actus personae', *per cui è bene che a ogni lavoratore sia offerta la possibilità di dare il pro-*

ro, dell'impresa e della partecipazione» il cui scopo non può essere soltanto quello della produzione del profitto – al quale la Chiesa pur riconosce una «*giusta funzione*» – bensì l'esistenza stessa dell'impresa «*come comunità di uomini che, in diverso modo, perseguono il soddisfacimento dei loro fondamentali bisogni e costituiscono un particolare gruppo al servizio dell'intera società*».

(33) *Mater et magistra*, par. 203.

(34) *Ibidem*, par. 78.

(35) *Laborem exercens*, par. 15.

(36) *Caritas in veritate* del 2009, par. 41.

prio apporto in modo che egli stesso sappia di lavorare ‘in proprio’»[37].

Ed anche sulla valutazione del socialismo come ideologia non rispondente al canone della giustizia sociale, la posizione della Chiesa non è mutata nel tempo. Così scrisse invero Giovanni XXIII, ricordando la critica mossa a tale teoria politica dalla *Quadragesimo anno*[38]: «*Tra comunismo e cristianesimo, il Pontefice ribadisce che l’opposizione è radicale, e precisa che non è da ammettersi in alcun modo che i cattolici aderiscano al socialismo moderato: sia perché è una concezione di vita chiusa nell’ambito del tempo, nella quale si ritiene obiettivo supremo della società il benessere, sia perché in esso si propugna una organizzazione sociale della convivenza al solo scopo della produzione, con grave pregiudizio della libertà umana, sia perché in esso manca ogni principio di vera autorità sociale*»[39]. E Giovanni Paolo II – dopo avere ribadito[40] le «*ragioni per cui la dottrina sociale della Chiesa assume un atteggiamento critico nei confronti sia del capitalismo liberista sia del collettivismo marxista*»[41] – ha soggiunto che «*l’errore fondamentale del socialismo è di carattere antropologico. Esso infatti considera il singolo uomo come un semplice elemento ed una molecola dell’organismo sociale, di modo che il bene dell’individuo viene del tutto subordinato al funzionamento del meccanismo economico-sociale … L’uomo così è ridotto ad una serie di relazioni sociali, e scompare il concetto di persona come soggetto autonomo di decisione morale, il quale costituisce mediante tale decisione l’ordine sociale. Da questa errata concezione della persona discendono la distorsione del diritto che definisce la sfera di esercizio della libertà, nonché l’opposizione alla proprietà privata*»[42].

Mai una contraddizione, mai una sbavatura in questo complesso susseguirsi di lettere encicliche, le cui asserzioni sono tutte intrinsecamente correlate tra loro con estrema coerenza, nonostante le sfasature temporali – anche notevoli – e le diverse inclinazioni dei Pontefici che ne sono stati autori. E proprio il rispetto dovuto a questi eccezionali personaggi, ciascuno dei quali ha segnato in maniera indelebile la propria epoca, nonché per non rischiare di alterare neppure marginalmente

(37) Nel ricordo di come già Paolo VI, nella *Populorum progressio* del 1968, par. 27, avesse posto in evidenza che «*ogni lavoratore è un creatore*».

(38) V. *supra*, par. 4.

(39) *Mater et magistra*, par. 22.

(40) Nella *Sollicitudo rei socialis* del 1998, al par. 21.

(41) Sulla scorta delle affermazioni già espresse in proposito nella *Laborem exercens*, spec. par. 11 ss.

(42) *Centesimus annus*, par. 13.

l'autenticità del loro pensiero, che ha profondamente permeato le fonti del magistero ecclesiale di rispettiva emanazione, si è preferito ricorrere per quanto possibile alla citazione testuale dei passi salienti ai fini che qui rilevano, così da evitare imprecisioni o fraintendimenti sempre suscettibili di derivare dalle parafrasi ed ancor più dalle ricostruzioni di concetti e di percorsi logici basate su prospettazioni sintetiche di questi.

6. Mancata attuazione pratica delle norme corporative in Italia

Nel contesto storico più sopra riferito – segnato dalla diffusa penetrazione nel tessuto sociale dei princìpi instillati dalla *Rerum novarum* e dalla *Quadragesimo anno* – sorse, in Italia, l'idea corporativa, basata sul presupposto della partecipazione dei lavoratori alla vita delle imprese, nel senso dianzi precisato, la quale venne consacrata, come s'è visto, sul piano legislativo, ma che non ricevette un'apprezzabile applicazione nella pratica. Ciò per un motivo semplicissimo: riforme di tale portata non possono imporsi dall'alto; esse richiedono un forte supporto culturale e un convinto consenso degli operatori, e devono soprattutto sbocciare in un'aura di libertà, che è difficile respirare quando tutte le attività qualificanti che avvengono in uno Stato devono obbligatoriamente venire inquadrate entro le strutture di un partito unico, che con lo Stato si identifica, addirittura sovrapponendosi ad esso. Per una riforma di così ampio respiro – di una vera e propria rivoluzione sociale ed istituzionale si potrebbe parlare – non occorrevano organizzazioni sindacali di partito, ma piuttosto sindacati liberi, disposti, a favore delle categorie rispettivamente rappresentate, ad accettare un sistema collaborativo e non intrinsecamente confliggente nell'ambito delle relazioni industriali, quale quello configurato da una legislazione così avanzata, dopo averne autenticamente compreso e condiviso – e dopo avere assistito i propri associati a progredire in un simile percorso di comprensione e di condivisione – il profondo significato e la concreta utilità per il reciproco vantaggio, nonché nel superiore interesse dell'economia nazionale (come si sarebbe detto allora).

Men che meno ricevette pratica applicazione quell'appendice estremistica dell'idea corporativa denominata "socializzazione", teorizzata durante la Repubblica Sociale Italiana e tradotta nel punto XII del Manifesto di Verona del 1944, che statuiva: «*In ogni azienda industriale, privata o parastatale, le rappresentanze dei tecnici e degli operai coopereranno intimamente, attraverso una conoscenza diretta della gestione,*

all'equa fissazione dei salari, nonché all'equa ripartizione degli utili fra il fondo di riserva, il frutto di capitale azionario e la partecipazione agli utili stessi per parte dei lavoratori. In alcune imprese ciò potrà avvenire con una estensione delle prerogative delle attuali Commissioni di fabbrica; in altre sostituendo i Consigli di amministrazione con Consigli di gestione composti di tecnici e di operai con un rappresentante dello Stato; in altre ancora in forme cooperative parasindacali»[43].

Si trattò, è comunque giusto precisare, di una propaggine deviata del corporativismo di matrice cattolica qual era quello calato nella pregressa normativa italiana poiché, in effetti, aveva tratto linfa non tanto dalla Carta del Lavoro e dalle norme corporative – ivi compresi gli accordi economici collettivi e i contratti collettivi di lavoro che, si ricorda, nel periodo corporativo esplicavano vigore *erga omnes* ed avevano forza di legge – nonché dalla giurisprudenza della magistratura del lavoro nelle controversie collettive, quanto piuttosto dalla legislazione germanica in materia[44].

7. L'influenza del corporativismo sul Codice civile del 1942

L'idea genuinamente corporativa a cui si è fatto riferimento ebbe invece un'influenza assai marcata nel Codice civile del 1942: e questo non già per i molteplici richiami alle norme corporative, dianzi menzionate, e alle relative ordinanze – la cui abrogazione ad opera del d.lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369, lasciò sopravvivere inalterate nel loro sostanziale contenuto precettivo le disposizioni di diritto positivo ivi enunciate, molte delle quali sono giunte *telles quelles* fino a noi, mentre per altre le modificazioni intervenute parecchi anni dopo la caduta del fascismo, e non da questa dipendenti, sono promanate essenzialmente dal processo di armonizzazione conseguente all'integrazione comunitaria europea – bensì per alcune previsioni, particolarmente qualificanti e significative, inserte nel Libro V del medesimo Codice, intitolato «*Del lavoro*», e specificamente nel Titolo II di questo, non a caso rubricato «*Del lavoro nell'impresa*».

(43) L'unica significativa esperienza di questa forma di partecipazione alla gestione di un'impresa di una certa rilevanza consta essere stata compiuta nelle Officine Marzotto di Valdagno, senza peraltro avere sortito risultati degni di nota, attese le ragguardevoli distorsioni ambientali provocate dalla fase terminale del conflitto che si profilava all'evidenza perduto e della guerra civile in atto.

(44) Su cui v. la traduzione italiana della *Legge sull'ordinamento del lavoro nazionale del 24 gennaio 1934 (Giornale delle leggi del Reich, I, p. 45)*, in *Arch. studi corp.*, 1934, I, p. 101 ss., preceduta dal commento introduttivo di U. SPIRITO, *Il coporativismo nazional-socialista*, *ivi*, p. 92 ss.

Si allude – per quanto più direttamente attiene alla tematica in argomento – alla possibilità dell'assegnazione di utili ai dipendenti delle società per azioni (e successivamente, con la riforma del 2003, anche a quelli delle società controllate) mediante emissione, per un ammontare corrispondente agli utili stessi, di speciali categorie di azioni da intestare individualmente a tali prestatori di lavoro (art. 2349, co. 1); possibilità ora estesa – a seguito della suddetta riforma – all'assegnazione ai medesimi soggetti di strumenti finanziari diversi dalle azioni, forniti di diritti patrimoniali od anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti (*ibidem*, co. 2). Inoltre, alla possibilità, in caso di aumento di capitale a pagamento, di escludere il diritto di opzione limitatamente a un quarto delle azioni di nuova emissione se queste siano offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società emittente (e successivamente, ancora con la menzionata riforma del 2003, delle società che la controllino o da cui sia controllata) (art. 2441, ult. co.). Ed ancora all'esclusione del divieto di assistenza finanziaria – ossia del divieto di accordare prestiti o di fornire garanzie, da parte di una società per azioni, per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie – per le operazioni mirate a favorire l'acquisto delle azioni stesse da parte dei suoi dipendenti e di quelli delle società controllanti e controllate: e ciò sia sotto il vigore del testo originario dell'art. 2358, a norma del quale il divieto in parola, fatta salva l'eccezione *de qua*, era assoluto, sia allorché la più attenuata versione novellata della stessa disposizione, introdotta con il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142 – di recepimento della direttiva comunitaria n. 68, approvata il 6 settembre 2006, di modernizzazione e semplificazione della seconda direttiva (n. 30 del 1986), che si inserisce nel più vasto novero degli interventi comunitari tendenti a promuovere la partecipazione dei lavoratori alla vita delle imprese in cui operano – ha affievolito il divieto anzidetto, subordinando la legittimità dell'assistenza finanziaria al rispetto di determinate condizioni, ivi previste, sempre però mantenendo, al co. 8, l'esonero dal medesimo divieto per le «*operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti*» delle società dianzi menzionate. Esonero dal divieto in questione che ha altresì legittimato le operazioni di *employees* (o *workers*) *leveraged buy-out*, alle uniche condizioni che l'ammontare delle somme prestate e delle garanzie fornite per attuare tali operazioni non ecceda il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, al netto di quelle già impiegate per l'acquisto di azioni proprie o di azioni della società controllante, e che una riserva indisponibile di pari importo venga – e resti – iscritta in bilancio, nel patrimonio netto (e non, come erroneamente indicato dal co. 6 dell'articolo in esame, al passivo), in conformità con quanto sta-

bilito dall'art. 23, par. 2, della citata direttiva n. 68 del 2006. Va detto subito che anche queste norme non hanno avuto, almeno finora, grande successo né quanto all'applicazione pratica – salvo per ciò che attiene al fenomeno, mutuato prevalentemente dall'esperienza statunitense[45] e che notevole rilievo ha avuto anche in altri Stati europei[46], di parziale remunerazione dei *managers* mediante programmi di *stock options*

(45) D. Vagts, *Challenges to Executive Compensation: for the Markets or the Courts?*, in 8 *Journal of Compensation Law*, 1983, pp. 245 ss. e 262 ss.; R.C. Clark, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986; M.C. Jensen e K.J. Murphy, *CEO Incentives. It's not how much you pay, but how*, in 68 *Harward Business Review*, 1990, p. 138 ss.; Id., *Explaining executive compensation: managerial power versus the perceived cost of stock options*, in 69 *Univ. Chicago Law Review*, 2002, p. 847 ss.; B.J. Hall, *What you need to know about Stock Options*, *ivi*, 2001, p. 121 ss.; L.A. Bebchuk e D.I. Walker, *Executive Compensation in America: Optimal Contracting or Extraction of Rents?*, London, 2001; M. Kahan, *The Limited Significance of Norms for Corporate Governance*, in 149 *Univ. Pasadena Law Review*, 2001, p. 1884 ss.; S. Levmore, *Puzzling Stock Options and Compensation Norms*, *ivi*, 2001, p. 1901 ss.; L.A. Bebchuk, J.M. Fried e D.I. Walker, *Managerial Power and Rent Extraction in the Design of the Executive Compensation*, in 69 *Univ. Chicago Law Review*, 2002, p. 751 ss.; C.M. Elson, *What's Wrong with Executive Compensation?*, in *Harward Business Review*, 2003, p. 68 ss.

(46) Sulla situazione nel Regno Unito: M.J. Conyon e K.J. Murphy, *Stock-Based Executive Compensation*, in Aa.Vv., *Corporate Governance Regimes*, a cura di J.A. McCahery, P. Moerland, T. Raaumakers e L. Renneboog, Oxford, 2002, p. 625 ss.; C. Riley e D. Ryland, *Directors' Remuneration*, in Aa.Vv., *Corporate Governance and Corporate Control*, a cura di S. Sheikh e W. Rees, London, 1995; P. Gregg, S. Machin e S. Szymanski, *The disappearing relationship between Director's pay and corporate performance*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1993, p. 1 ss.

Sulla situazione in Germania: U. Huffer, *Akienbesugsrechte als Bastandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern-gesellschaftiche Analyse*, in *ZHR*, 1997, p. 214 ss.; K. Kohler, Stock Option für Führungskräfte aus der Sicht der Praxis, *ivi*, 1997, p. 246 ss.; S. Friedrichsen, *Aktienoptionsprogramme für Fürungskräfte*, Köln – Berlin – Bonn – München, 2000; J. Wulff, *Aktienoptionen für das Management. Deutches und Europäisches Recht*, Köln – Berlin – Bonn – München, 2000; Aa.Vv., *Mitarbeiterbeteiligungen und* Stock-Option-*Pläne*, a cura di H. Harrer, München, 2004; E. Vetter, Stock Option für Aufsichtsräte: ein Widerspruch?, in *AG*, 2004, p. 234 ss.

Sulla situazione in Francia: M. Germain, *Les sociétés commerciales*, in Aa.Vv., *Traité de droit commercial Ripert-Roblot*, I, 2, Paris, 2002, p. 640 ss. ; D. Velardocchio, Stock options*: place de la négotiation contractuelle*, in *Bull. Joly*, 2000, p. 230 ss.; J.-P. Valuet, Stock Options. *Options de souscription ou d'achat d'actions*, Paris, 1997; R. Vatinet, *Le clair-obscur des* stock option à la française, in *Rev. soc.*, 1997, p. 60 ss.

Sulla situazione in Spagna : J.W. Ibánez Jiménez, *Condiciones de eficiencia y problemas legales de la remuneración de los administradores en derechos de compra o revaloración sobre acciones de su compañia*, in Aa.Vv., *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, a cura del medesimo con F. Sánchez Calero, Madrid, 2003, p. 57 ss.; M. Olivencia Ruiz, *La remuneración de los administradores y el código de buen gobierno de las societades cotizadas*, *ivi*, p. 36 ss.; S. San Sebastian Flechoso, *Difusión en la pratica del sistema de opciones sobre acciones como forma de remuneración*, *ivi*, p. 41 ss.; J. Juste Mencia, *Retribución de consejeros*, in Aa.Vv., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, a cura di G. Esteban Velasco, Madrid-Barcelona, 1999.

collegati all'andamento dei profitti delle società gestite(47), o di queste

(47) Sull'argomento v. A. Cerri e C. Sottoriva, *I piani di compensi basati su strumenti finanziari: profili giuridici, informativa esterna, problematiche di rappresentazione in bilancio e attività di vigilanza e di revisione legale dei conti*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2010, p. 315 ss.; D.U. Santosuosso, *Il principio di ragionevolezza nella disciplina della remunerazione degli amministratori*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 357 ss., spec. p. 372 ss.; A.L. Bonafini, *I compensi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2005, p. 414 ss.; L. Enriques e G. Scasellati Sforzolini, *Piani di* stock option *a favore di dipendenti di società controllate e offerte fuori sede* (a commento della comunicazione Consob, 10 maggio 2004, n. DIN/4045379), in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 378 ss.; S. Corbella, *In merito all'iscrizione in bilancio del costo delle* stock options, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 1097 ss.; Id., *I piani di* stock grant *e* stock option *destinati al personale: profili di misurazione*, Milano, 2004; Aa.Vv., Stock option *e incentivazione del* management*: allineare* managers *e azionisti verso la* performance *ed il valore d'impresa*, a cura di M. Regalli, Milano, 2003; L. Poletti, *Le* stock option *nella realtà italiana: l'esperienza delle società quotate*, *ivi*, p. 103 ss.; S. Cappiello, Stock options *e* corporate governance, in *AGE*, 2003, p. 135 ss.; Aa.Vv., *Piani di* stock option*: progettare la retribuzione del* top management a cura di G. Airoldi e A. Zattoni, Milano, 2001; G. Airoldi, *La remunerazione degli amministratori: tra organizzazione e* corporate governance, *ivi*, p. 41 ss.; G. Andreani, Fringe Benefit *e* Stock Option, Milano, 2002, p. 63 ss., ove riferimenti alla legislazione e ai provvedimenti interpretativi e regolamentari in materia; A. Zattoni, *La diffusione dei piani di* stock option *in Italia*, *ivi*, p. 95 ss.; R. Rordorf "Stock options" *ed informazione del mercato*, in *Società*, 2001, p. 147 ss.; C. Meo, *I piani di* stock option*: aspetti gestionali, valutativi e contabili*, Padova, 2000; R. Moro Visconti, *Le* stock options *nei gruppi piramidali*, in *Impresa*, 2000, p. 751 ss.; P.O. Archard e V. Castello, *Partecipazione finanziaria e incentivazione del* management. *Le* stock options, Milano, 2000; F. Rotondi, Stock options*: le modifiche legislative*, in *Dir. prat. lav.*, 2000, p. 517 ss.; Id., "Stock options"*: aspetti applicativi, fiscali e previdenziali*, in *Lav. giur.*, 1998, p. 741 ss.; S. Cazzaniga, *L'incentivazione del* management. *Logiche, modalità e strumenti. I casi applicativi.* MBO *e* Stock option, Milano, 1994, pp. 94 ss. e 136 ss.; e già Confindustria, Comitato centrale dei giovani imprenditori, *Azionariato dei dipendenti e* stock option, nei *Quaderni di "Quale impresa"*, n. 8, Roma, 1983; ed inoltre – ma per una ricognizione dei profili essenzialmente tributari della materia – F.M. Giuliani, Révirement *della Cassazione in tema di compensi agli amministratori*, in *Dir. prat. trib.*, 2003, II, p. 923 ss.; F. Tundo, *Le c.d.* "stock option" *nell'imposizione sui redditi: problematiche interpretative e profili applicativi*, *ivi*, 2001, I, p. 79 ss.; L. Corsini, *La partecipazione dei dipendenti ai profitti dell'impresa*, in *Fisco*, 1999, p. 12614 ss.; M. Venuti, *L'azionariato dei dipendenti a seguito del d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 48 ss.; F. Crovato, *Le "nuove"* stock option *tra* favor *e riconoscimento delle componenti aleatorie della retribuzione*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 1670 ss.; E. Fossa e L. Ghironzi, "Stock option" *sotto la lente del Ministero delle Finanze*, in *Dir. prat. soc.*, n. 8, 2001, p. 21 ss.; T. Comuzzi, *Assegnazione di utili ai dipendenti tra dubbi e incertezze fiscali*, *ivi*, 2002, n. 5, p. 31 ss.; ed A. Sacrestano e G. Scifoni, *La disciplina fiscale dell'assegnazione agevolata di azioni ai dipendenti. Il trattamento tributario dei piani aziendali di* stock options, in *Fisco*, 2002, fasc. 1, p. 11364, ove *amplius*. Sulle problematiche di carattere fiscale dell'attribuzione di azioni ai dipendenti a titolo integrativo della retribuzione v. pure Ag. Entrate, ris. 6 agosto 2002, n. 265/E, in *Il Sole – 24 Ore, Guida Normativa*, 14 ottobre 2002, p. 10 ss., *La diminuzione del valore reale delle* stock option *emerge solo con un nuovo piano di assegnazione*, con commento di A. Antonelli e L. Poggi, *L'agevolazione non segue le variazioni del titolo*; e Ag. Entrate, ris. 20 marzo 2001, n. 29/E, *ivi*, 1° aprile 2001, p. 16 ss., *Decorrenza e definizione del valore di riferimento: le Finanze spiegano il regime delle* stock option, con commento di M. Caminiti, *Chiarita la disciplina delle azioni in valuta extra-U.E.*

e delle altre imprese appartenenti al medesimo gruppo rilevati su base consolidata – né quanto all'approfondimento teorico che ad esse è stato dedicato nel nostro Paese[48].

8. Il precetto dell'art. 46 della Costituzione rimasto "lettera morta"

Questi – piaccia o no ricordarlo – sono i precedenti che hanno condotto alla formulazione dell'art. 46 Cost., riferito in apertura: precedenti ascrivibili al portato della cultura giuridica italiana nel suo complesso e non costituenti appannaggio di particolari regimi o ideologie[49], per quanto innegabilmente ispirati dall'onda lunga del magistero della Chiesa cattolica in campo più propriamente sociale che economico *stricto sensu*.

Diversamente, però, dalla Repubblica Federale Tedesca, che sul mo-

[48] Fra i non molti lavori a carattere monografico sviluppati sull'argomento cfr. – prima della riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative del 2003 – gli studi di A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, nella *Nuova serie delle pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza* dell'Università di Catania, n. 159, Milano, 1998; ID., *Gli effetti della partecipazione azionaria dei lavoratori sul governo dell'impresa: il caso italiano*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 621 ss.; P. SCHLESINGER, *L'azionariato dei dipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 187 ss.; L. TROIANO e C.B. VANETTI, *Azionariato ai dipendenti e "*stock options*": le soluzioni offerte dal diritto delle società*, in *Società*, 2000, p. 819 ss.; G. ACERBI, *Osservazioni sulle* stock option *e sull'azionariato dei dipendenti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1193 ss.; J. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistici*, Milano, 1993; G. ADDESSI, *Articolo 2349 c.c.: azioni ai dipendenti?*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 1193 ss.; P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Milano, 1981; N. SAVINO, *Azionariato operaio* (voce), in *Noviss. Digesto it.*, II, 1958, p. 21 ss. ; A. MIGNOLI, *La partecipazione agli utili spettante agli amministratori*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 181 ss. ; ID., *La partecipazione agli utili spettanti ai prestatori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 445 ss.

[49] Con riferimento alla concezione di un'impresa della quale l'imprenditore è certamente il capo (art. 2086 c.c.), competendo a questo sia assumere l'iniziativa sia sopportare il rischio della produzione, ma la cui sfera di autonomia può legittimamente trovare dei limiti nell'interesse generale e in quello dei lavoratori, si era espresso A. ASQUINI, *Nuove strutture dell'impresa*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961, p. 151 ss., spec. p. 155, evidenziando l'esistenza di «*una vocazione sociale, la quale cerca una formula per permettere ai prestatori di lavoro, che sono gli artefici della fortuna dell'impresa, di poter esercitare un qualche controllo sulla gestione economica dell'impresa, almeno nei limiti in cui la gestione economica si ripercuote sulle condizioni di lavoro*». Sul rapporto fra il potere di gestione e l'assunzione di responsabilità – intesa anche nel significato estremamente moderno di responsabilità sociale – cfr. altresì G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 471 ss., spec. p. 477; e già G. FERRI, *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 35 ss., spec. p. 42 ss., il quale – in linea con il precetto dell'art. 46 Cost. – aveva opportunamente avanzato l'istanza di coinvolgere i lavoratori nei processi decisionali delle imprese attribuendo a questi una rappresentanza negli organi societari a prescindere dall'acquisto o dall'attribuzione di partecipazioni azionarie.

dello della *Mitbestimmung*(50) (cogestione) fondò la propria ricostruzione industriale susseguente alla *debellatio* subìta nella seconda guerra mondiale, e da altri Stati europei(51) – fra cui la Francia che tale modello, già alla fine degli anni sessanta, rese facoltativo ponendolo in alternativa al modello di *governance* allora tradizionale nelle società transalpine(52) – in Italia, come già si è anticipato, l'idea della partecipazione fra capitale e lavoro all'interno delle imprese e nell'ambito delle rispettive rappresentanze sindacali non trovò terreno fertile. A parte infatti qualche raro

(50) W. FLUME, *Die Mitbestimmung. Ideologie und Recht*, in *ZGR*, 1978, p. 679 ss.; T. RAISER, *Mitbestimmungsgesetz Kommentar*, 4, *Auflage*, Berlin – New York, 2002; P. ULMER e M. HABERSACK e M. HENSSLER, *Mitbestimmungsrecht*, München, 2006; T. RAISER e R. VEIL, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz. Kommentar de Gruyter Recht*, Berlin, 2009; *cui adde* G.E. COLOMBO, *Il problema della "cogestione" alla luce dell'esperienza e dei progetti germanici*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 89 ss.

(51) Sull'esperienza britannica si rinvia a V. ALLEGRI, *Partecipazione dei dipendenti e teoria dell'impresa: le proposte del* Bullock Commitee, in *Riv. soc.*, 1977, p. 1121 ss.; ed inoltre sull'esenzione del divieto di assistenza finanziaria ai dipendenti per favorirne l'acquisizione di partecipazioni nella società in cui lavorano o in una sua controllata, sancita dalla *Sect.* 682(2.d) del *Companies Act 2006* – già della *Sect.* 153(4) del previgente *Companies Act 1985* – v. *Palmer's Company Law Annotated Guide to the Companies Act 2006*, London, 2007, p. 528 ss.; e *Boyle and Birds' Company Law*, Bristol, 2007, p. 243 ss.

Un'esenzione sostanzialmente affine all'altrimenti generalizzato divieto di assistenza finanziaria sancito dall'art. 81 della *Ley de societades anónimas* del 1989 venne introdotta in Spagna in occasione del recepimento della ricordata direttiva n. 30 del 1986 (v. *supra*, par. 7), confermata quindi dalla recente riforma della disciplina delle società di capitali approvata con r.d.l. 2 luglio 2010, n. 1; e in Germania con l'art. 71 *AktG*.

Per un'accurata indagine comparatistica sul *favor* accordato dalle principali legislazioni nazionali europee all'acquisto di azioni di una società da parte dei suoi dipendenti allo scopo di assicurarsene il controllo si rinvia a S. CERRATO, *Le operazioni di* leveraged buy out, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, V, *Le operazioni societarie straordinarie*, Padova, 2011, pp. 537 ss. e 566 ss.

(52) Sull'esperienza francese cfr. J. GUYENOT, *La participation des salariés et le droit des sociétés commerciales*, in *Rev. banque*, 1969, p. 891 ss.; F. LEFEBVRE, *Participation des salariés*, Paris, 1988; e ad A. COURET e G. HIRIGOYEN, *L'actionnariat des salariés*, Paris, 1990; *cui adde* G.E. COLOMBO, *Il* Rapport Sudreau *sulla riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 311 s. Sulla *loi* n. 84-598 del 9 luglio 1984 sullo sviluppo dell'iniziativa economica, che fra l'altro contiene sensibili agevolazioni fiscali e societarie (fra cui l'attribuzione di voto doppio alle azioni delle quali siano titolari i dipendenti) per incentivare i lavoratori a costituire delle *holding de reprise* attraverso cui acquisire il controllo delle società ove sono impiegati (c.d. *rachat des entreprises par les salariés*), v. A. CHAVERIAT e A. COURET, *Sociétés commerciales*, Levallois, 2007, p. 1127 ss.; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, p. 577 ss.; M. GERMAIN, *op. cit.*, pp. 590 ss. e 671 ss.

Analoga normativa di favore esisteva in Belgio, ove l'art. 629, par. 2, co. 2, del *Code des sociétés* autorizzava la concessione di prestiti e garanzie dalle società anonime sia al proprio personale sia a società controllate dal personale medesimo per l'acquisto di azioni emesse dalle società finanziatrici e garanti: cfr. T. TILQUIN, *Management buy-outs and leveraged management buy-outs: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal*, in *Rev. banque*, 1989, p. 251 ss.

fautore di tale concezione(53), rimasta peraltro ad un livello squisitamente teorico, i protagonisti dei due distinti schieramenti hanno sempre guardato con sospetto al modello partecipativo(54).

Da un lato, invero, gli imprenditori hanno costantemente rigettato ogni ipotesi di apertura dei consigli d'amministrazione delle società di capitali alle rappresentanze dei dipendenti, nel timore che – specie a causa dell'elevato grado di politicizzazione dei sindacati operai – tali organi potessero trasformarsi in una sorta di duplicati delle commissioni interne; e, di fronte all'ipotesi, decisamente parziale e riduttiva, di una mera partecipazione dei lavoratori agli utili della gestione, hanno contrapposto l'obiezione dell'impossibilità di consentire che un gruppo di soggetti, per quanto indubbiamente cointeressati alla vita e alle fortune dell'impresa, possa partecipare agli utili senza partecipare anche alle perdite. Il che, peraltro, non è affatto esatto se sol si consideri che incombe proprio sui dipendenti, ben prima che sugli azionisti, l'onere di subire le conseguenze più immediate delle crisi aziendali, sottoposti come sono al rischio di perdere il bene per essi più prezioso qual è il lavoro.

Dall'altro, le organizzazioni sindacali – fino a pochi anni fa estremamente politicizzate – si sono sempre opposte con fermezza a che i propri aderenti assumessero responsabilità gestionali nelle imprese in cui operavano e perfino a che avanzassero aspettative di ordine reddituale sui risultati economici delle stesse(55). Con il sindacato maggiormente

(53) Fra i quali merita ricordare il sociologo di matrice cattolica P.L. ZAMPETTI, autore dei saggi *Il manifesto della partecipazione* e *La società partecipativa*, editi entrambi a Roma nel 1982.

(54) Cfr. G. VISENTINI, *Contro la proposta di quinta direttiva: e ancora contro la "cogestione"*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 116 ss. Ma qualcosa sembra stia cambiando, almeno sul versante imprenditoriale, come dimostra la recente esperienza della Fiat.

(55) In questi sensi rinvio ad un breve articolo scritto in un momento in cui la nostra maggiore industria nazionale, la Fiat, stava attraversando una congiuntura di grave difficoltà, nella quale erano stati messi a repentaglio, e poi effettivamente perduti, molti posti di lavoro (L. DE ANGELIS, *Fiat e dintorni. E se ci fosse stata la partecipazione?*, in *Società*, 2003, p. 533 ss.), ove – dopo avere ricordato che non di rado sono proprio i soci capitalisti a privatizzare gli utili, cercando invece, in periodi di "vacche magre", di collettivizzare le perdite mediante il ricorso alla cassa integrazione o ad altri ammortizzatori sociali – avevo concluso: «É *probabilmente giunto il momento – sia pure con un ritardo di decenni rispetto ad altre esperienze socialmente più avanzate, realizzate concretamente in altri ordinamenti, come ad esempio la* Mitbestimmung *in Germania – di dare attuazione ad un modello economico effettivamente incentrato su una vera ed autentica partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, proprio per equilibrare e conciliare gli assetti degli interessi e delle istanze che in esse coesistono e si confrontano. Se opportunamente sono state introdotte anche nella legislazione italiana norme a tutela delle minoranze azionarie, attraverso cui è stato sancito il diritto di queste ad una presenza attiva e responsabile negli organi di amministrazione e di controllo delle più importanti società, quali segnatamente quelle* "public",

rappresentativo e di gran lunga prevalente sul piano dell'attivismo, della militanza e del controllo delle manifestazioni di piazza saldamente ancorato a concezioni vetero-comuniste che vagheggiavano di lotta di classe e di dittatura del proletariato – comprimario, non si dimentichi, delle principali vicende insurrezionali susseguitesi dal secondo dopoguerra, culminate nei moti di reazione all'attentato a Togliatti del 1948, proseguite con i fatti di Genova, di Reggio Emilia e di Roma del 1960, fino a giungere all'"autunno caldo" del 1969, prodromico agli "anni di piombo" che avrebbero insanguinato il settimo e buona parte dell'ottavo decennio del secolo scorso – come e con chi si sarebbe potuto pensare di scatenare la lotta di classe in Italia se i lavoratori fossero stati coinvolti in responsabilità gestionali o avessero anche semplicemente coltivato un interesse sul piano economico alle sorti e ai profitti delle loro imprese?

A livello legislativo, la riforma del diritto societario operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 – con la quale al modello tradizionale di *governance* delle società per azioni sono stati affiancati altri modelli alternativi, fra cui quello dualistico(56) – ha rappresentato un'enorme occasione perduta per dare attuazione al richiamato precetto costituzionale per troppo tempo disatteso. Infatti, solo a parole il modello dualistico

cioè quelle quotate in borsa, credo sia tempo di accordare analoghe tutele ai portatori del fattore lavoro, proprio al fine di evitare che le decisioni più importanti per i destini di una comunità umana, prima ancora che di una collettività di interessi, passino alti sulla testa di coloro che, per i primi, abbiano a subirne le conseguenze. E ciò per il bene delle stesse imprese, prima ancora che dei loro stakeholders».

Inoltre, sulla "ritrosia dei sindacati" all'adozione di un sistema di regole volte a favorire l'azionariato dei dipendenti – contrariamente, ad esempio, al modello sviluppatosi da oltre trent'anni in Francia – v. S. Cerrato, *op. cit.*, p. 567.

(56) Su cui, *ex plurimis*, v. A. Guaccero, *Del sistema dualistico*, in Aa.Vv., *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, p. 868 ss.; C. Breida, *Del sistema dualistico*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 1094 ss.; G. Balp, F. Ghezzi, P. Magnani e C. Malberti, *Del sistema dualistico (commenti agli artt. 2409-*octies*-2409-*terdecies), in Aa.Vv., *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 3 ss.; L. Schiuma, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, cit., p. 683 ss.; G. Zamperetti, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Società*, 2006, p. 1193 ss.; P. Montalenti, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *AGE*, 2007, p. 269 ss.; Aa.Vv., *Sistema dualistico e* governance *bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, ed *ivi* segnatamente i contributi di P. Abbadessa, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, p. 1 ss.; e di G.B. Portale, *Il sistema dualistico: dall'*Allgemeines Deutsches Handelgesetzbuch *(1861) alla riforma italiana della società per azioni*, p. 15 ss.; Id., *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, p. 211 ss.; V. Cariello, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009; Aa.Vv., *Il modello dualistico. Dalla norma all'attuazione*, a cura di R. Casiraghi, G. Negri Clementi e P. Schwizer, Milano, 2009.

recepito nell'ordinamento italiano scaturito dalla riforma anzidetta può apparentarsi al "modello renano": senza la presenza necessaria dei rappresentanti dei lavoratori impiegati nell'impresa (non degli esponenti sindacali, si badi) nell'organo di alta amministrazione(57) – *Aufsichtsrat*, o consiglio di sorveglianza come da noi denominato – non può esistere alcun "modello renano" e il sistema spurio impropriamente riferito al modello dualistico di promanazione germanica, così come introdotto nel nostro ordinamento, lungi dal tendere a realizzare la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, serve tutt'al più ad offrire delle opportunità di duplicazione di poltrone ai vertici di qualche grande società azionaria(58).

La consapevolezza di tale lacuna nell'ordinamento giuridico italiano ha indotto alcuni parlamentari a presentare proposte di legge specificamente mirate a dare concreta attuazione all'art. 46 della Carta costituzionale. Omettendo di considerare quelle presentate nelle passate legislature, se ne segnalano – fra le più recenti – tre in particolare, presentate nel primo semestre del 2008, ossia nei mesi iniziali dell'attuale

(57) Com'è noto, in Germania la partecipazione dei lavoratori nell'*Aufsichtsrat* varia in funzione del numero dei dipendenti delle società, comprensivo di quelli delle controllate. Nelle società con più di 500 dipendenti un terzo dei posti in tale organo spetta ai rappresentanti di questi (*Drittelbgesetz*); in quelle con più di 2000 dipendenti la partecipazione dei lavoratori è paritetica, ma al presidente del consiglio, nominato dagli azionisti, spetta il *casting vote* (*Mitbestimmungsgesetz*); mentre nelle società minerarie e siderurgiche è previsto che i rappresentanti dei lavoratori e dell'azionariato dispongano di un egual numero di posti e che a fungere da ago della bilancia sia nominato un membro indipendente e neutrale rispetto alle istanze di cui sono portatori i consiglieri appartenenti ai due distinti schieramenti (*Montanmitbestimmungsgesetzen*): v. M. HABERSACK, *La cogestione nella Società Europea*, in *RDS*, 2009, p. 2.

Sull'autentico modello dualistico intrinseco al diritto germanico v. altresì P. BÖCKLI, *Konvergenz: Annäherung des monistischen und dualistichen Fürungs-und Aufsichtsratssystems*, in AA.VV., *Handbuch* Corporate Governance. *Leitung und Überwachung borsennotierter Unternchmen in der Rechts-und Wirtschaftspraxis*, a cura di P. Hommelhoff, K.J. Hopt e A. von Werder, Köln, 2008, p. 213 ss.; M. LUTTER e G. KRIEGER, *Rechte und Plichten des Aufsichtsrats*, Köln, 2008; K.J. HOPT, *Direzione dell'impresa, controllo e modernizzazione del diritto azionario: la relazione della Commissione governativa tedesca sulla* corporate governace, in *Riv. soc.*, 2003, p. 182 ss.; ID., *The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat). A German View on Corporate Governance*, in AA.VV., *Comparative Corporate Governance*, a cura di K.J. Hopt ed E. Wymeersch, Berlin – New York, 1997, p. 3 ss.; M. LUTTER, *Il sistema del consiglio di sorveglianza nel diritto societario tedesco*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 95 ss.

(58) Si pensi segnatamente alle società sorte dalla fusione di grandi imprese bancarie – come Unicredit e Intesa Sanpaolo – nelle quali l'opzione per il modello dualistico di *governance* ha consentito di non lasciare "a terra" alcuno degli esponenti apicali delle banche fuse, ma semplicemente di smistarli all'interno dei due organi di amministrazione previsti dal modello. Ove siffatta esigenza non venga ravvisata essenziale, tale modello perde, tuttavia, il proprio *appeal*: non a caso Mediobanca, dopo un breve periodo di adozione del modello dualistico, ha preferito ritornare a quello tradizionale di amministrazione e controllo.

XVI legislatura, e precisamente:

a) la proposta di legge d'iniziativa del deputato Cirielli, rubricata «*Delega al Governo per l'adozione di uno 'statuto partecipativo' delle imprese finalizzato alla partecipazione dei lavoratori alla gestione e ai risultati dell'impresa*»[(59)];

b) la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Lo Presti, Saltamarini ed altri, rubricata «*Disposizioni concernenti lo statuto per la partecipazione dei lavoratori dipendenti alla gestione dell'impresa*»[(60)];

c) la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Poli, Cesa ed altri, rubricata «*Disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione e ai risultati dell'impresa*»[(61)].

Queste proposte – ispirate dagli artt. 21 e 22 della Carta sociale europea formata a Strasburgo il 3 maggio 1996 e resa esecutiva in Italia con la l. 9 febbraio 1999, n. 30, nonché dalla raccomandazione del Consiglio della C.E. 27 luglio 1992, n. 443 – evidenziano molteplici profili di contiguità, ma soprattutto appaiono accomunate da uno stesso destino, che è quello di giacere nell'oblio dei polverosi archivi delle Commissioni VI e XI della Camera, alle quali furono assegnate, nelle more di una reviviscenza altamente improbabile, attesi gli interessi prevalenti di un ceto politico votato a ben altre priorità.

9. Le prospettive alla luce del diritto comunitario

Un significativo progresso in direzione dell'attuazione del precetto iscritto nel titolo della nostra Costituzione dedicato ai rapporti economici è stato compiuto dall'Europa. Sulla scia dei documenti riferiti alla fine del paragrafo precedente, per vero, il Consiglio dell'U.E. ha inserito nel regolamento n. 2157, emanato in data 8 ottobre 2001 sotto la rubrica «*Lo statuto della Società europea (SE)*»[(62)] ed entrato in vigore

(59) Atti Camera, n. 210 del 29 aprile 2008.

(60) Atti Camera, n, 1194 del 28 maggio 2008.

(61) Atti Camera, n. 1387 del 25 giugno 2008.

(62) In *G.U.C.E.*, 10 novembre 2001, n. L-294, p. 1 ss., come modificato dal successivo regolamento n. 885 del 26 aprile 2004, *ivi*, 1° maggio 2004, n. L-168, p. 1 ss.; su cui v. A. PACIELLO, *La società europea*, in *Riv. dir. impr.*, 2001, p. 317 ss.; G. DI MARCO, *La "società europea": un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in *Società*, 2001, p. 746 ss.; AA.VV., *La Società Europea*, a cura di U. Draetta e F. Pocar, Milano, 2002; F. DI SABATO, *Uniformazione e armonizzazione: gli obiettivi della società europea*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, n. 24, p. 6; M. BIANCA, *La Società Europea: considerazioni introduttive*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2002, p. 453 ss.; AA.VV., *Lo statuto legale di società europea*, a cura di A. Principe, Napoli, 2002; M.R.

l'8 ottobre 2004, speciali previsioni mirate «*ad assicurare il diritto di coinvolgimento dei lavoratori per quanto riguarda i problemi e le decisioni che incidono sulla vita della SE*» (21° *considerando*). Tuttavia, in considerazione delle obiettive difficoltà di disciplinare attraverso un regolamento unitario immediatamente efficace negli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione una materia sulla quale esiste una grande varietà di normative e di prassi all'interno di questi – quale quella concernente le modalità di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nel processo decisionale delle società – il Consiglio ha preferito demandare agli Stati membri il compito di armonizzare in maniera più flessibile, tenuto conto delle rispettive legislazioni nazionali, tale coinvolgimento in seno alla società europea, fissando le linee-guida per raggiungere questo obiettivo in un'apposita direttiva, la n. 86 emanata lo stesso giorno del regolamento(63), le cui «*disposizioni* [ne] *costituiscono un complemento indissociabile ... e devono poter essere applicate contemporaneamente*» ad esso (19° *considerando*)(64).

La prima, e principale, prescrizione della direttiva in questione – con-

SANCILIO, *Il regolamento comunitario sullo statuto della Società europea*, in *Impresa*, 2002, p. 1237 ss.; M. GIROTTI, *Società Europea*, *ivi*, 2002, p. 1833 ss.; M. MIOLA, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 322 ss.; L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, *ivi*, 2003, p. 375 ss.; G.A RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, *ivi*, p. 965 ss.; F. AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 689 ss.; C. BISCARETTI DI RUFFIA e M.E. GURRADO, *La Società Europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 361 ss.; M. HABERSACK, *op. cit.*, p. 3 ss.

(63) Ancora in *G.U.C.E.*, 10 novembre 2001, n. L-294, p. 22 ss.; ripresa successivamente dalla direttiva n. 72 del 22 luglio 2003, *ivi*, 18 agosto 2003, n. L-207, p. 25 ss., che ha completato lo statuto della cooperativa europea relativamente alla partecipazione dei lavoratori e alla cogestione. La direttiva n. 86 dell'8 ottobre 2001 ha formato oggetto di "avviso comune" espresso in senso favorevole dalle Parti sociali italiane (CONFINDUSTRIA, A.B.I., A.N.I.A., CONFCOMMERCIO e CONFSERVIZI, da un lato, C.G.I.L., C.I.S.L., U.I.L. e U.G.L., dall'altro) il 2 marzo 2005; ed è stata recepita nel nostro Paese con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188: v. P. MALANDRINI, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella società europea*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 2183; A. RICCARDI, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella Società europea*, *ivi*, p. 2542; F. CIAMPI, *Commento alla relazione al decreto legislativo 188/2005*, in *Guida al diritto* de *Il Sole – 24 Ore*, 2005, n. 40, p. 23.

(64) Sull'argomento cfr. L.M.R. MARIETTA, *Lo statuto di Società europea e la partecipazione dei lavoratori*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, p. 1941 ss.; D. CATERINO, *Il regolamento sulla Società Europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 479 ss.; P. FIORIO, *Lo statuto della società europea: la struttura della società ed il coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2003, p. 828 ss.; F. GUARRIELLO, *La direttiva sulla partecipazione dei lavoratori nella Società europea*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 385 ss.; e, prima dell'emanazione del regolamento n. 2001/2157/CE, G. LAURINI, *Società europea e partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa*, in *Riv. not.*, 1993, I, p. 757 ss.

tenuta nell'art. 3 della stessa – consiste nel vincolare gli organi amministrativi o direttivi delle società [*rectius*: imprese] che progettino di concorrere alla costituzione di una società europea – anche per trasformazione in SE di una società preesistente[65] o mediante fusione di altre società da cui scaturisca quale società emergente dalla fusione o incorporante una SE[66] – ad avviare una negoziazione, previa messa a disposizione delle necessarie informazioni, con i rappresentanti dei lavoratori delle società interessate, riuniti in una «*delegazione speciale di negoziazione*», dei cui membri la direttiva enuncia altresì i princìpi di elezione o di designazione nonché le regole dell'espressione del voto capitario e della formazione della maggioranza al suo interno, precisando che i suddetti organi societari e tale delegazione «*negoziano con spirito di cooperazione per raggiungere un accordo sulle modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella SE*». Tale accordo – da farsi constare in forma scritta – determina innanzi tutto il proprio campo d'applicazione e la data della sua entrata in vigore, ed inoltre «*la composizione, il numero dei membri e la distribuzione dei seggi dell'organo di rappresentanza che sarà l'interlocutore degli organi competenti della SE nel quadro dei dispositivi di informazione o di consultazione dei lavoratori di quest'ultima e delle sue affiliate e dipendenze; le attribuzioni e la procedura prevista per l'informazione e la consultazione dell'organo di rappresentanza; la frequenza delle riunioni dell'organo di rappresentanza; le risorse finanziarie e materiali da attribuire all'organo di rappresentanza*», che ha la facoltà di farsi assistere da esperti di propria scelta, oltre ad altre clausole che possono essere introdotte nell'accordo in virtù dell'autonomia convenzionale riconosciuta alle parti, fra cui sono suscettibili di rientrare quelle specificamente mirate a realizzare la partecipazione alla gestione dei lavoratori mediante l'ingresso di loro rappresentanti negli organi sociali[67], «*compresi, a seconda dei casi, il numero di membri dell'organo di amministrazione e di vigilanza della*

(65) A. ZANARDO, *La trasformazione di s.p.a. in società europea alla luce del regolamento comunitario 2157/2001*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2003, p. 361 ss.

(66) F. AMBROSIANI, *Società europea e fusione internazionale*, in *Società*, 2002, pp. 1351 ss. e 1499 ss.; A. RIGHINI, *La società europea e la fusione transfrontaliera: strumenti per il trasferimento all'estero della sede sociale*, in *Fisco*, 2005, fasc. 1, p. 5627 ss.

(67) Una deviazione rispetto alla concezione pura della *Mitbestimmung* di diritto germanico è dato rinvenire nel 19° *considerando* della direttiva, che autorizza gli Stati membri a prevedere la presenza tanto nella delegazione speciale di negoziazione quanto negli organi di vigilanza e di amministrazione – con diritto di voto – della SE anche di esponenti sindacali che non siano dipendenti della stessa o delle società da essa controllate, anziché dei soli dipendenti di queste società che abbiano ricevuto il mandato di rappresentare in tali consessi i loro colleghi di lavoro.

SE che i lavoratori saranno autorizzati ad eleggere, designare, raccomandare e alla cui designazione potranno opporsi» e «*le procedure per tale elezione, designazione, raccomandazione o opposizione da parte dei lavoratori, nonché i loro diritti*» (art. 4)[68].

La delegazione speciale di negoziazione, una volta insediata e resa edotta delle informazioni necessarie da parte degli organi amministrativi o direttivi dianzi menzionati, può beninteso decidere – con la maggioranza qualificata dei due terzi dei propri componenti, che rappresentino almeno i due terzi dei lavoratori rappresentati – di non aprire il negoziato o di porvi termine, interrompendo così la procedura finalizzata al raggiungimento dell'accordo (art. 3). Per converso, la direttiva facoltizza gli Stati membri ad esonerare gli organi di amministrazione e di vigilanza delle SE e delle loro *subsidiaries* situate nei rispettivi territori nazionali dall'obbligo di comunicare alle delegazioni speciali di negoziazione e agli organi di rappresentanza dei lavoratori le «*informazioni che, secondo criteri obiettivi*[69]*, siano di natura tale da creare notevoli difficoltà di funzionamento della SE (o, eventualmente, della società partecipante) o delle sue affiliate e dipendenze, o da arrecar loro danno*», fermo comunque restando il vincolo del segreto sulle informazioni ricevute dai componenti di tali delegazioni ed organi in via riservata per effetto della loro appartenenza ai medesimi (art. 8).

Alla direttiva in esame è, poi, annesso un allegato («*Disposizioni di riferimento*») il quale, nella sua parte II, stabilisce che l'organo di rap-

(68) In materia di amministrazione e controllo della società europea, il regolamento offre l'alternativa fra il modello dualistico (artt. 39-42) e quello monistico (artt. 43-45); stranamente non contempla un'opzione per il modello c.d. tradizionale adottato dalla maggior parte delle società di capitali non solo italiane, ma anche francesi, belghe, spagnole, portoghesi, etc. e guardato con estrema attenzione anche dagli studiosi e dagli operatori tedeschi, evidentemente non soddisfatti dalla tenuta del modello dualistico specie a seguito delle recenti vicende connesse ai dissesti e agli scandali finanziari che hanno coinvolto – in Germania come in tutti i Paesi economicamente avanzati – società anche di grandi dimensioni. Questa scelta, non può disconoscersi, ha comportato e comporta una forte remora alla formazione di società europee da parte di gruppi italiani o comunque basate in Italia. Si noti che il medesimo regolamento riprende – qualunque sia il modello di *governance* adottato – la previsione della *Mitbestimmungsgesetz* secondo cui, quando la metà dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione sia designata dai lavoratori, «*solo un membro designato dall'assemblea generale degli azionisti può essere eletto presidente*» (artt. 42 per il modello dualistico e 45 per quello monistico); e, in entrambi tali modelli, «*in caso di parità di voti prevale il voto del presidente dell'organo*» (art. 50): v. *supra*, nota 57. Sull'argomento v. S.M. CARBONE, *La* corporate governance *della "società europea" nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 133 ss.

(69) Espressione, peraltro, vaga e in grado di ingenerare divergenze interpretative e controversie applicative.

presentanza dei lavoratori ha diritto di essere informato e consultato dall'organo amministrativo o di vigilanza della SE, di ricevere da questo relazioni periodiche sull'evoluzione delle attività e sulle prospettive della società e sulle riunioni degli organi sociali e di essere da questo convocato almeno una volta all'anno ad una riunione vertente sui seguenti aspetti della società stessa: «*struttura, situazione economica e finanziaria, evoluzione probabile delle attività, della produzione e delle vendite, situazione e evoluzione probabile dell'occupazione, investimenti fondamentali riguardanti l'organizzazione, introduzione di nuovi metodi di lavoro e di nuovi processi produttivi, trasferimenti di produzione, fusioni, diminuzioni delle dimensioni o chiusura delle imprese, degli stabilimenti o parti importanti degli stessi, e licenziamenti collettivi*». Riunioni straordinarie possono inoltre aver luogo al verificarsi di circostanze eccezionali che incidano sensibilmente sugli interessi dei lavoratori, quali in particolare nei casi di «*delocalizzazione, trasferimento, chiusura di imprese o di stabilimenti oppure licenziamenti collettivi*».

In conclusione, la direttiva offre la possibilità di istituzionalizzare, seppure su base volontaristica[70], l'assunzione di responsabilità dei lavoratori nella gestione delle società (*rectius*, imprese) in cui prestano la loro opera attraverso un confronto permanente e costruttivo con il *management* e, più ancora, attraverso la presenza negli organi di amministrazione. Ciò, mediante l'attribuzione agli Stati membri della facoltà di esercitare l'opzione sulle modalità secondo cui ripartire i posti fra le componenti del capitale e del lavoro all'interno degli organi di amministrazione o di vigilanza delle società (o delle imprese) in parola; e con la ovvia – ma non inopportuna – precisazione che «*tutti i membri eletti, designati o raccomandati dall'organo di rappresentanza o eventualmente dai lavoratori per l'organo di amministrazione o, se del caso, di vigilanza*

(70) È infatti sancito nella parte III dell'allegato che se nessuna delle società partecipanti alla SE era soggetta a disposizioni di diritto nazionale sulla partecipazione dei lavoratori prima dell'iscrizione di questa nell'apposito registro designato dalla legge dello Stato membro in cui ha sede «*non vi è l'obbligo di introdurre*» nello statuto della società europea «*disposizioni per la partecipazione dei lavoratori*» (per tale intendendosi – a norma dell'art. 2, lett. k, della direttiva – «*l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attività di una società mediante: il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società, o il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società e/o di opporvisi*»). Infatti, principio fondamentale e obiettivo esplicito della direttiva medesima è quello di garantire i diritti già acquisiti dai lavoratori della SE «*in materia di coinvolgimento nel processo decisionale delle società*» (18° *considerando*) e non di introdurre modalità ulteriori di coinvolgimento e di partecipazione nella gestione delle medesime società rispetto a quelle che per essi erano previsti dalle legislazioni nazionali di rispettiva pertinenza.

della SE, sono membri a pieno titolo di tale organo, con gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti, compreso il diritto di voto» (parte III).

La disciplina comunitaria – come si vede – si è data carico, con previsioni di cui può apprezzarsi l'adeguatezza e l'esaustività, del problema della partecipazione dei lavoratori alla vita e della gestione delle società europee, pur affidandone la risoluzione alle legislazioni degli Stati membri e, soprattutto, all'autonomia statutaria dei soci di tali società. Ma queste costituiscono una minima parte delle società – segnatamente di capitali – operanti nell'ambito della U.E.[71]; ed inoltre, occorre dire, la SE non è stata evidentemente concepita alla stregua di una figura destinata ad essere fruita dalle società italiane[72], come dimostra la scelta dei sistemi di amministrazione e controllo offerta dalla direttiva n. 86 del 2001, circoscritta, com'è stato ricordato, ai modelli dualistico e monistico[73], caratterizzanti in prevalenza quelle di promanazione, rispettivamente, germanica e britannica. Nonostante questo precedente comunque importante – soprattutto sotto il profilo qualitativo – che può trarsi dall'esperienza comunitaria, la risoluzione del nostro problema,

(71) Al 31 dicembre 2010 constavano esistere 700 società europee, di cui la maggior parte di origine tedesca (fra cui BASF, Porsche, MAN, Fresenius ed Allianz) e poche decine di origine olandese (fra cui Alfred Berg, ABN-AMRO), belga, austriaca, svedese, ungherese, lussemburghese e francese (fra cui EUROTUNNEL) e addirittura poche unità di origine inglese, finlandese, norvegese, lituana, estone e cipriota. Di queste, tuttavia, solo 169 risultavano essere normalmente operative con almeno cinque dipendenti, 378 avevano meno di cinque dipendenti, 84 non avevano alcun dipendente e le restanti 69 versavano nello stato di "scatole vuote" non operative. [Fonte: *Overview of current state of SE founding in Europe. Update 1 January 2011*, reperibile nel sito *internet* dell'*European Trade Union Institute (Brussels)* www.worker-participation.eu o in www.etui.org].

(72) Cfr. C. BOLOGNESI, *La società europea (SE) al debutto, ma ci sarà concreta attuazione?*, in *Impresa*, 2005, p. 642 ss.

(73) V. *supra*, nt. 68. Invero, nessuna società europea consta essere stata finora originata da società o da gruppi di origine italiana. La sola società italiana confluita in una SE è stata la Riunione Adriatica di Sicurtà (RAS) s.p.a., per effetto però della sua fusione per incorporazione nella tedesca Allianz A.G., trasformatasi appunto in società europea, dando luogo alla prima operazione del genere divenuta di pubblico dominio. Il regolamento e la direttiva che lo integra e ne forma parte integrante e sostanziale tendono, per vero, prioritariamente – per quanto qui rileva – allo scopo che, con il passaggio alla società europea, i lavoratori di un determinato Paese non perdano i diritto loro anteriormente accordati dalla legislazione nazionale. Questa finalità è racchiusa nel 3° *considerando* della direttiva, che così recita: «*Allo scopo di promuovere gli obiettivi sociali della Comunità, occorre stabilire disposizioni specifiche, segnatamente nel settore del coinvolgimento dei lavoratori, per garantire che la costituzione di una SE non comporti la scomparsa o la riduzione delle prassi del coinvolgimento dei lavoratori esistenti nelle società partecipanti alla costituzione di una SE. L'obiettivo dovrebbe essere perseguito emanando disposizioni nel settore suddetto, a complemento delle disposizioni contemplate nel regolamento*».

che è quello di ottemperare sul serio una buona volta a un nostro precetto costituzionale, è di stretta ed esclusiva competenza della legislazione italiana e non può essere traslato, stante la nostra incapacità a provvedere, sulla normativa dell'Unione Europea. E allora – come avviene per tutte le cose importanti – il *redde rationem* è molto semplice: ad oltre sessantatre anni dalla data di promulgazione della Costituzione, o si riuscirà sul serio ad attuare la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese oppure sarà meglio prendere atto, con vergogna, che questo non è un obiettivo concretamente perseguibile in Italia e provvedere quindi al più presto, con sincerità e con realismo, ad abrogare l'art. 46 della nostra Carta costituzionale, il cui mantenimento nella situazione attuale sarebbe – come già è, non da oggi – un inverecondo esempio di ipocrisia e di "farisaismo giuridico".

Una schiarita in questo quadro per vero piuttosto desolante è venuta, recentemente, dalla sottoposizione a *referendum* da parte della FIAT ai propri dipendenti dello stabilimento torinese di Mirafiori di un piano industriale che prevedeva, fra l'altro, accanto alla richiesta di più rigide modalità di prestazione del lavoro compensate da non trascurabili incentivi salariali, l'effettuazione di nuovi investimenti in quello stabilimento dell'ordine di un miliardo di euro, subordinatamente al voto favorevole della maggioranza dei lavoratori ivi operanti. Già l'iniziativa referendaria attuata dalla direzione aziendale – su cui il 14 gennaio 2011 ha manifestato il proprio consenso oltre il 54 per cento dei dipendenti anzidetti, contro l'indicazione di voto negativa espressa dalla FIOM-CGIL – ha rappresentato una significativa forma di coinvolgimento dei lavoratori alle sorti della loro impresa. Ma, quel che più conta, le dichiarazioni rese all'indomani della consultazione dall'amministratore delegato della società, Sergio Marchionne, hanno esplicitamente attestato l'intenzione della stessa di prevedere sia forme di partecipazione agli utili dei propri dipendenti sia l'attribuzione di azioni ai medesimi(74).

A tali dichiarazioni di Marchionne ha immediatamente fatto seguito l'allora presidente di CONFINDUSTRIA, Emma Marcegaglia, la quale – ribaltando la linea politica tradizionalmente seguita dalla Confederazione nazionale degli industriali – ha espresso una inequivoca apertura verso la diffusione del modello partecipativo prospettato dall'esponente apicale della principale impresa privata italiana, quanto meno in termini di addetti occupati(75).

(74) Cfr. E. MAURO, *Marchionne e la Fiat: "L'accordo non si tocca, darò gli utili agli operai"*, in *La Repubblica*, 18 gennaio 2011, p. 1; e più oltre, nelle pagine interne, l'intervista rilasciata dallo stesso amministratore delegato sotto il titolo *La mia sfida per la nuova Fiat: salari tedeschi e azioni agli operai*, *ivi*, p. 14 s.

(75) Cfr. N. PICCHIO, *Marcegaglia: vince la nostra strategia. "Ora Fiat ha le condizioni per*

Torna così a profilarsi, dopo moltissimi anni, uno scenario in cui l'idea partecipativa – non solo, si badi, circoscritta alla partecipazione ai profitti, ma estesa anche all'azionariato dei dipendenti e alla rappresentanza di questi negli organi di governo delle società – ha incassato il *favor* di due autorevolissimi protagonisti della vita economia del Paese. Questo è un fatto molto importante, che potrebbe avere conseguenze di estremo rilievo al fine dell'instaurazione di un sistema autenticamente partecipativo dei lavoratori agli utili e alla gestione delle imprese in Italia: conseguenze che, se venissero effettivamente tradotte sul piano legislativo, porterebbero senza dubbio al superamento della conclusione decisamente pessimistica più sopra rassegnata. Di qui ad ipotizzare che ciò sia sufficiente a far recepire una buona volta questa idea in sede legislativa, ovviamente, ce ne corre: però è un segnale decisamente incoraggiante. Se son rose …

Abstract

The Author thinks back over the juridical and social issues of the workers' participation to the corporate governance, crossing through the teachings of the catholic Church, expressed in many papal Encyclicals, and the domestic and International legislations both before and after the Second World War, mainly represented by the Acts of the corporative regime, the Civil Code, the Republican Constitution and the European Company Bill.

He investigates the reasons why this model did not find, in Italy, the favour neither of the entrepreneurs nor of the Unions – on the contrary to what happened mainly in Germany and in France too – and outlines the perspectives of such a clever idea revival to involve employees in assuming the responsibility on the conduct of business of the firms where they work

investire. Siamo disponibili a discutere di rappresentanza", in *Il Sole-24 Ore*, 16 gennaio 2011, p. 5; D. Di Vico, *"Cambio la Confindustria. E dico sì alla partecipazione dei lavoratori agli utili"*, in *Corriere della Sera*, 21 gennaio 2011, pp. 1 e 13.

I rapporti economico-finanziari tra Italia e Repubblica di San Marino*

Alberto Urbani
Professore associato di Diritto dell'economia nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Il problema generale delle relazioni tra uno Stato *enclave* e quello circostante e la Convenzione di Roma italo-sammarinese del 1939. – 2. Gli accordi monetari: dalla convenzione monetaria del 1981 all'avvento dell'euro. – 3. L'assetto istituzionale dell'ordinamento finanziario sammarinese. – 4. La disciplina antiriciclaggio nei due ordinamenti. – 5. Il segreto bancario nella Repubblica di San Marino.

1. Il problema generale delle relazioni tra uno Stato enclave *e quello circostante e la Convenzione di Roma italo-sammarinese del 1939*

I rapporti tra la Repubblica di San Marino e quella italiana, in fondo, presentano tutti i caratteri che ricorrono nelle relazioni tra due stati il territorio di uno dei quali, in ragione delle sue dimensioni assai ridotte, è interamente circondato dal territorio dell'altro, costituendone dunque un'*enclave*: il più piccolo, spesso di origini molto risalenti nel tempo(76), è fiero della sua storica autonomia e, sul piano economico, cerca di sopperire alle innegabili difficoltà competitive derivanti dai suoi tratti dimensionali con una legislazione di favore, atta ad attrarre capitali ed investimenti dall'estero; il secondo, invece, è correlativamente preoccupato che, stante le naturali permeabilità tra i due territori e dunque tra le due realtà economico-produttive, una politica del diritto così concepita dia luogo a forme patologiche di concorrenza tra ordinamenti, finendo

(*) Il contributo è destinato alla pubblicazione anche nel volume a cura di M. PELLEGRINI, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012.

(1) Per quanto riguarda la Repubblica di San Marino, le fonti più antiche che ne testimoniano l'autonomia sono fatte risalire al XIII secolo: per prime informazioni, v. D. DE BENEDETTI, *San Marino* (voce), in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, Torino, 1998, XVIII, p. 139 ss..

talvolta addirittura per rappresentare un centro nevralgico opaco nei flussi di capitali e più in generale della ricchezza.

In termini più ampi, il tema d'altronde è da tempo ben noto e studiato anche dal diritto internazionale, che si interroga circa la soggettività internazionale di quei Paesi che, appunto in conseguenza della loro estensione ridotta, rischiano di dipendere economicamente in tutto dallo stato circostante, vedendo in tal modo di fatto fortemente limitata e compressa la propria sovranità. La costatazione, tuttavia, che anche questi Stati c.d. minimi sono inseriti nell'Organizzazione delle Nazioni Unite (la Repubblica di San Marino lo è dal 2 marzo 1992) risolve in senso affermativo ogni dubbio in proposito(77).

Proprio tali connotati, prima di ogni altra cosa geografici, inducono gli ordinamenti nazionali coinvolti alla ricerca di accordi bilaterali, o talvolta addirittura plurilaterali, tesi a regolamentare i rapporti di reciproco "vicinato".

Per quanto riguarda l'Italia e San Marino, l'accordo organico che ancor oggi costituisce la tappa fondamentale delle relazioni tra i due Paesi è rappresentato dalla Convenzione di amicizia e buon vicinato firmata a Roma il 31 marzo 1939, cui l'Italia diede a suo tempo esecuzione con legge 6 giugno 1939, n. 1320. Il corposo provvedimento, ancor oggi in vigore, spazia dall'assistenza giudiziaria, sia in materia civile che in campo penale, a quella amministrativa, dalle misure concernenti la tutela del diritto d'autore e le privative industriali alle disposizioni in materia «finanziaria»; voce quest'ultima peraltro alquanto eterogenea, sotto la quale ricadono, tra le altre, norme concernenti la libera circolazione di merci e di prodotti, l'esenzione da dazi doganali e imposte di fabbricazione, la sovranità monetaria, la «somministrazione» da parte italiana a favore di San Marino di determinate quantità di tabacco, sale bianco e fiammiferi. Il riferimento espresso a queste tre categorie merceologiche, comunque, è emblematico del contesto, ormai risalente, in cui fu firmata la convenzione.

Gran parte dei numerosi accordi conclusi negli anni a venire sono riconducibili, per previsione espressa o in via implicita, a questa convenzione, la quale, come solennemente enuncia l'art. 1 della legge italiana di esecuzione, intende ispirare le relazioni tra i due Stati «a sentimenti di perpetua amicizia e buon vicinato» aprendo la strada ad uno spazio economico che, seppure con le precisazioni di cui appresso, per diversi aspetti può considerarsi comune.

(77) Per tutti, v. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*[3], Torino, 2009, p. 15 s.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[8], Napoli, 2010, p. 17.

2. Gli accordi monetari: dalla convenzione monetaria del 1981 all'avvento dell'euro

Sul piano delle relazioni economico-finanziarie reciproche, una posizione centrale è ricoperta dall'art. 47 della ricordata convenzione bilaterale del '39, concernente il conio di monete metalliche e l'emissione di banconote, ossia una delle più tipiche espressioni della sovranità statuale(78). Al riguardo, la Repubblica di San Marino si è impegnata a non coniare monete di qualsiasi specie, se non in oro ed avvalendosi in questo caso dei servizi della Zecca italiana, fatta salva tuttavia la possibilità di stipulare un'apposita ulteriore convenzione di carattere derogatorio, tesa a consentire la coniazione di monete in metallo diverso dall'oro ma sempre servendosi unicamente della Zecca italiana; per quanto attiene invece alla monetazione cartacea, l'impegno assunto dalla c.d. repubblica del Titano è «a non emettere né direttamente, né per mezzo di enti o di istituti nazionali o stranieri, biglietti di banca o di Stato o surrogati monetari di qualsiasi specie» (art. 47, n. 2, l. n. 1320/1939, cit.).

La convenzione ulteriore prevista dall'accordo degli anni Trenta del secolo scorso è stata effettivamente stipulata tra i due Paesi il 7 dicembre 1981 e ratificata dall'Italia con legge 12 luglio 1984, n. 347, preceduta peraltro da un accordo aggiuntivo in data 10 settembre 1971, cui il nostro ordinamento diede ratifica ed esecuzione con legge 13 dicembre 1972, n. 816; più avanti, invece, le parti addivennero ad una terza convenzione in materia firmata a Roma il 21 dicembre 1991, ratificata con legge 14 febbraio 1994, n. 118(79). A seguito dell'insieme degli accordi ora ricordati, la Repubblica di S. Marino poté dunque coniare, attraverso la Zecca italiana, monete «identiche a quelle italiane per quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale, le dimensioni ed il valore intrinseco dei singoli pezzi» (art. 2, l. n. 118/1994, cit.) ed al contempo le monete di ciascuno dei due Stati hanno avuto «nel territorio dell'altro, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti tra i privati ed in quelli con le pubbliche casse» (art. 3, l. ult. cit.).

L'assetto normativo bilaterale sul piano valutario, così venuto articolandosi nel corso del tempo, ha dovuto tuttavia essere profondamente

(78) In generale, cfr. F. Capriglione, *Moneta* (voce), in *Enc. dir.*, III aggiorn., Milano, 1999, p. 747 ss.; M. Pellegrini, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Bari, 2003, p. 19 ss..

(79) Per cenni, cfr. A. Di Pietro, *San Marino (Repubblica di) – Dir. trib. e val.* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 4.; più diffusamente, G. Messa, *S. Marino e il problema valutario*, in *Riv. Guardia Fin.*, 1985, p. 629 ss..

rivisitato in occasione dell'introduzione dell'euro quale nuova divisa nazionale italiana. Il fulcro delle nuove disposizioni è dato dalla decisione del Consiglio dell'Unione europea n. 1999/97/CE del 31 dicembre 1998, che ha delegato l'Italia (art. 7) a negoziare e concludere un accordo con la Repubblica di San Marino in ordine alle relazioni monetarie con l'intera Comunità, premesso il riconoscimento al piccolo Stato del diritto di utilizzare l'euro come sua divisa ufficiale e di dare corso legale alle banconote e alle monete in euro (art. 3)(80); a sua volta, San Marino è chiamato a collaborare attivamente nella lotta contro la contraffazione delle banconote e delle monete in euro (art. 5, comma 2). Assai rilevante è anche la disposizione (art. 6) che consente agli enti finanziari aventi sede nella Repubblica di San Marino di accedere ai sistemi di pagamento dell'area euro, alle condizioni determinate con il consenso della Banca Centrale Europea. La convenzione in parola è stata sottoscritta tra i due Paesi in data 29 novembre 2000, da parte italiana – a differenza delle precedenti occasioni – per conto della Comunità.

Per effetto dei provvedimenti appena ricordati, può ritenersi che le persone fisiche o giuridiche residenti nella Repubblica di San Marino beneficiano, sul piano valutario, della stessa posizione riconosciuta alle persone fisiche o giuridiche residenti in Italia. L'affermazione è foriera di numerosi risvolti sul piano pratico, tant'è vero che è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza a conclusione di una delicata vicenda riguardante la movimentazione di denaro contante dall'Italia verso il territorio sammarinese a fini di approvvigionamento di una banca locale(81). Nello specifico, si trattava di giudicare della legittimità o meno del trasferimento di cospicue somme in denaro contante, attraverso una ditta portavalori specializzata, da una banca italiana ad una di San Marino, in assenza di specifiche dichiarazioni doganali: orbene, la Suprema Corte ha ritenuto tale operazione (che rappresentava e rappresenta una prassi consolidata) conforme alla legge, in considerazione, da un lato, del riferito impegno della Repubblica di San Marino a non emettere moneta propria, dall'altro, della circostanza che il rifornimento di denaro presso una banca italiana anziché direttamente presso la Banca d'Italia conseguiva dal difetto di abilitazione dell'istituto sammarinese a detenere un conto di gestione presso la Banca centrale italiana, non sottintendendo invece certamente intenti di occultamento della circolazione del denaro.

(80) Ai sensi dell'art. 4 della decisione, la Repubblica di San Marino conserva tuttavia la potestà di continuare ad emettere monete in oro denominate in scudi.

(81) V. Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 2009, n. 3172, in *Giur. it.*, 2009, p. 1749 ss., con nota di M. Bodellini, *Sulla circolazione dei capitali tra Italia e San Marino, ivi*, p. 1752 ss..

3. L'assetto istituzionale dell'ordinamento finanziario sammarinese

Nella Repubblica di San Marino l'attività delle banche e degli altri intermediari finanziari è attualmente disciplinata dalla legge 17 novembre 2005, n. 165, «Legge sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi» (in acronimo LISF), che raccoglie in un unico testo le disposizioni più rilevanti concernenti le diverse branche di attività nelle quali oggi si struttura l'industria finanziaria(82). Mentre dunque in Italia, nonostante spinte in senso contrario(83), permane un impianto normativo sostanzialmente articolato per soggetti – secondo la tripartizione classica nei comparti bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) ed assicurativo (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle assicurazioni private), con la più recente "appendice" dei fondi pensione (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, Disciplina delle forme pensionistiche complementari) –, il c.d. ordinamento del Titano pare viceversa avere posto le premesse per una progressiva e più marcata integrazione tra le diverse componenti dell'intermediazione finanziaria latamente intesa.

Se si scende nel dettaglio, tuttavia, le differenze tra le discipline di settore dei due Paesi risultano piuttosto contenute, come d'altronde è facile attendersi stanti da una parte il processo di naturale armonizzazione che accompagna la globalizzazione della finanza e dall'altra le contiguità non solo geografiche tra di loro. Così, ad esempio, anche secondo la legge sammarinese n. 165/2005 l'attività bancaria consiste nella raccolta del risparmio tra il pubblico congiunta all'esercizio del credito (All. 1, lett. *A)*) e lo svolgimento in forma imprenditoriale (corrispondente al nostro «professionale») delle attività elencate nell'Allegato 1 (che comprende tutte le principali articolazioni del mondo della finanza) è protetto da riserva (art. 3), sicché viene richiesta la preventiva autorizzazione dell'autorità di vigilanza, ossia della Banca Centrale della Repubblica

(82) In argomento, la bibliografia è scarsissima: si veda D. BALDUCCI – E. MAFFEIS – A. VALENTINI, *Operazioni & Investimenti a San Marino*, Milano, 2007, p. 47 ss..

In precedenza, la normativa bancaria sammarinese era compendiata nella legge 12 febbraio 1986, n. 21: per una presentazione ragionata, v. M. VALIGNANI, *La legge bancaria della Repubblica di San Marino*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 98 ss.; inoltre, F. STOLFI, *Il sistema bancario sammarinese*, ne *Il fisco*, 2002, fasc. n. 1, p. 6238 ss.; A. CHEZZI – M. ALBANI, *Il sistema bancario e finanziario sammarinese*[3], Rimini, 2004.

(83) Si vedano ad es. le considerazioni di C. DI NOIA – L. PIATTI, *Regolamentazione e mercato finanziario: analisi e prospettive di riforma per il sistema italiano*, in *Quaderni di finanza* della Consob, n. 30, settembre 1998, p. 52 ss..

di San Marino (cfr. art. 1, co. 1, lett. *j)*); peraltro, diversamente dall'*iter* previsto in Italia, all'autorizzazione dell'autorità tecnica in taluni casi deve seguire altresì il rilascio di un nulla osta da parte del Congresso di Stato (art. 12), e dunque dell'organo governativo, perpetuandosi in tal modo una forma di commistione tra giudizio sul piano tecnico e valutazioni di ordine politico che viceversa il nostro ordinamento ha definitivamente abbandonato da tempo[84]. Sempre sotto il profilo delle attività esercitabili e della relativa autorizzazione di cui è necessario munirsi, è parimenti interessante osservare, proprio in quella visione evolutiva prospettica cui si è poc'anzi accennato, che la formulazione dell'art. 3 della l. n. 165/2005, nel momento in cui consente l'esercizio «di una o più» delle attività oggetto di disciplina, apre la strada a possibili integrazioni tra i diversi comparti dell'intermediazione finanziaria, per quanto il successivo art. 4, co. 2, demandi all'autorità di vigilanza il compito di determinare i casi nei quali «un'attività riservata, o un ramo di attività, deve essere svolto in via esclusiva e i casi in cui due o più attività riservate, o rami di attività, non possono essere svolti dallo stesso soggetto».

Ribadite le numerose tendenziali corrispondenze tra disciplina di settore italiana e disciplina sammarinese, intuibili esigenze di sintesi suggeriscono in questa sede di limitarsi ad evidenziare soltanto alcune altre differenze, almeno tra le più marcate e significative. Una prima, sulla quale peraltro dovremo tornare tra breve[85], attiene alla presenza nella legge bancaria oltreconfine di una disposizione (art. 36) che riconosce e regola il segreto bancario, norma che come noto non trova viceversa corrispondenza nell'ordinamento di casa nostra[86]. In secondo luogo, le finalità dell'azione di vigilanza sono declinate (art. 37) in modo parzialmente diverso dalle corrispondenti disposizioni italiane, poiché per un verso, dato il tenore letterale della norma, l'obiettivo della «sana e prudente gestione dei soggetti autorizzati» sembra funzionalizzato alla «stabilità del sistema finanziario» nel suo insieme, come attesta la parola «attraverso» che lega tra loro le due finalità, laddove nel Testo unico bancario e negli altri corpi normativi paralleli le singole finalità sembrano poste invece in posizione di reciproca equiordinazione[87],

(84) Per uno spunto in questa direzione, v. già F. Merusi, *La redazione del Testo unico bancario: problemi di tecnica legislativa*, in *Banca, impr., soc.*, 1993, p. 34; F. Morosini, *La vigilanza nel nuovo testo unico: profili generali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1995, I, p. 356 ss.

(85) V. *infra*, par. 5.

(86) Cfr., da ultimo, C. Chessa, *Il segreto bancario*, in *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Padova, 2010, p. 50 ss..

(87) In argomento, tra gli altri, v. F. Capriglione, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, p. 136; C. Lamanda, *Le finalità della vigilanza*, in *La nuova legge bancaria*,

per un altro la trasparenza e la correttezza dei comportamenti degli intermediari assurgono a specifico obiettivo dell'azione di supervisione pubblica sull'attività, mentre l'ordinamento italiano, per quanto riguarda il comparto bancario, si limita ad elevare la trasparenza a canone orientativo della vigilanza soltanto nella materia da poco riformata del credito ai consumatori[88]; ed ancora, il «contrasto del crimine finanziario», espressamente menzionato nella norma sammarinese, rientra tra le finalità della vigilanza del nostro Paese soltanto in via implicita, ed infine del tutto sconosciuto al quadro teleologico degli artt. 5 t.u.b., 5 t.u.f. e 3 cod. ass., almeno *apertis verbis*, è l'obiettivo di «tutela dell'immagine, della reputazione e della fiducia nel sistema finanziario della Repubblica». Una terza ed ultima differenza meritevole di essere segnalata, tra le altre, riguarda la previsione a livello legislativo dell'implementazione di un servizio di centralizzazione sui rischi creditizi, affidato alle cure della locale Banca centrale (art. 50), quando in Italia la Centrale dei Rischi trova la sua fonte di disciplina unicamente in disposizioni di rango subordinato emanate dalle autorità creditizie.

Entrambi gli ordinamenti si pongono il problema delle relazioni con le autorità di vigilanza estere e, più in generale, affrontano il tema dell'attività bancaria, finanziaria o assicurativa transfrontaliera. Sotto il primo profilo, la Repubblica di San Marino, in quanto non appartenente all'Unione Europea, può limitarsi ad autorizzare la propria autorità di vigilanza, *ex* art. 103 della legge n. 165/2005, a concludere accordi di cooperazione con le omologhe autorità estere, a condizione – in sintesi – che sia garantita la piena reciprocità nello scambio delle informazioni, che sia assicurato il segreto d'ufficio e che lo scambio di informazioni sia funzionale all'esecuzione di compiti di vigilanza. La normativa italiana invece, come noto[89], distingue tra autorità di vigilanza di Stati comunitari ed au-

a cura di P. Ferro Luzzi e G. Castaldi, Milano, 1996, p. 173 s.; G. SANTONI, *Commento* sub *art. 4*, in *L'Eurosim*, a cura di G.F. Campobasso, Milano, 1996, p. 28; B. BIANCHI, *Commento* sub *art. 5*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, Padova, 1998, p. 68 s.; C. RABITTI BEDOGNI, *Commento* sub *art. 5*, in *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Milano, 1998, p. 65; A. URBANI, *Vigilanza bancaria e tutela del cliente*, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. Guaccero e A. Urbani, Bologna, 1999, p. 229 ss.; per una ricostruzione parzialmente diversa in ambito assicurativo, cfr. peraltro A. LONGO, *Commento* sub *art. 3*, in *Il codice delle assicurazioni private*, diretto da F. Capriglione, Padova, 2007, p. 30.

(88) Cfr. A. URBANI, *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, in corso di pubblicazione, par. 2.1.

(89) Per tutti, ampiamente, L. FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di imprese bancarie di Stati terzi nella CEE*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, 1985, p. 95

torità di Stati extracomunitari, nel secondo caso rendendo lo scambio di informazioni facoltativo e non obbligatorio (come attesta il «può» di cui al comma 7 dell'art. 7 t.u.b., con norme analoghe anche nel Testo unico della finanza e nel codice delle assicurazioni), e comunque condizionato alla preventiva conclusione di accordi di cooperazione e al riscontro di equivalenti obblighi di riservatezza. Analoga dicotomia si ripropone con riguardo all'attività transfrontaliera, rendendosi applicabile nei rapporti dell'Italia con San Marino il regime valevole con gli ordinamenti extracomunitari (ad esempio per quanto riguarda lo stabilimento sul territorio nazionale di succursali di intermediari sammarinesi, o viceversa)[90]; la legge n. 165/2005 distingue invece unicamente tra attività all'estero di soggetti autorizzati sammarinesi (art. 74) e attività di soggetti esteri (art. 75), prescrivendo nel primo caso soltanto un obbligo di comunicazione e imponendo nell'altro l'ottenimento di un'autorizzazione.

Ad ogni modo, nonostante l'astratta previsione in entrambi gli ordinamenti della possibilità di stipulare appositi protocolli d'intesa per favorire la cooperazione tra le rispettive autorità di vigilanza, ad oggi i due Paesi non sono riusciti ad addivenire ad un accordo: nel settembre del 2011, notizie di stampa hanno riferito che le due Banche centrali erano ormai prossime alla sottoscrizione di un *memorandum*, quando però le dimissioni dei vertici dell'organo di vigilanza sammarinese hanno di fatto interrotto l'*iter* approvativo[91]. Allo stato, dunque, le relazioni tra le due autorità sono sostanzialmente lasciate di volta in volta alle libere determinazioni dei propri uffici: se, sul piano formale, a prima vista l'ordinamento finanziario sammarinese appare modellato per svariati profili su quello italiano, cosicché il dialogo dovrebbe risultare ipoteticamente agevolato, in termini concreti le autorità locali paiono spesso riservarsi, nei rapporti con le corrispondenti autorità di settore estere, ampi margini di autonomia decisionale.

ss.; F. CAPRIGLIONE, *Relazioni con le imprese bancarie di Paesi terzi*, in *Diritto bancario comunitario*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, Torino, 2002, p. 177 ss.

(90) Per un'ampia disamina riferita al caso specifico dell'offerta di quote di organismi di investimento collettivo, v. M. BODELLINI, *I profili transfrontalieri dell'offerta di parti di organismi di investimento collettivo in Italia e a San Marino*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, I, p. 661 ss..

(91) S.A., *Vigilanza bancaria congiunta tra l'Italia e San Marino*, in *Italia Oggi* del 26 settembre 2011, p. 20.

4. La disciplina antiriciclaggio nei due ordinamenti

In apertura di discorso si è evidenziato come gli Stati c.d. minori affrontino spesso il *gap* competitivo che deriva dalle dimensioni ridotte del loro territorio adottando una politica orientata a favorire l'afflusso di capitali dall'estero, al punto da specializzarsi talvolta in centri finanziari che, seppure concentrati sotto il profilo spaziale, si presentano di importanza considerevole per i volumi trattati. Quando ciò accade, il rischio che normalmente se ne fa derivare di infiltrazioni dell'economia criminale assume per l'ordinamento in questione una rilevanza per certi versi di gran lunga più contenuta rispetto agli altri Paesi, giacché i conseguenti vantaggi prodotti dalla floridezza delle istituzioni finanziarie sono apprezzati *in loco*, mentre i danni causati al tessuto economico-produttivo generale sono distribuiti in modo diffuso, per la maggior parte anzi ben al di fuori dei confini nazionali. Di qui la tentazione per le autorità di questi Stati di non impegnarsi con la dovuta determinazione nel contrasto dell'illegalità finanziaria, adottando ad esempio legislazioni repressive e preventive solo formalmente rigorose e conformi agli *standard* internazionali raccomandati, ma tra le cui maglie in realtà le organizzazioni criminali possono inserirsi per realizzare operazioni contrarie al corretto ordine economico.

Stante questa premessa di carattere generale, si possono capire pertanto le preoccupazioni manifestate al riguardo dallo Stato italiano nei confronti dell'*enclave* sammarinese, specie se si tiene conto che fino al settembre del 2009 la Repubblica del Titano era inserita tra i Paesi che il Comitato di esperti del Moneyval(92) considerava carenti sotto il profilo della disciplina interna di lotta al riciclaggio(93).

A partire dal 2008, tuttavia, la Repubblica di San Marino si è dotata di una legislazione antiriciclaggio allineata ai criteri suggeriti in sede internazionale(94). La legge 17 giugno 2008, n. 92, d'altronde, è ampiamente

(92) Il Moneyval è un'organizzazione nata nel 1977 per iniziativa del Consiglio d'Europa e deputata alla valutazione dell'efficacia delle normative nazionali in materia antiriciclaggio e di contrasto del finanziamento del terrorismo: in argomento, v. A. PAVESI, *Il Consiglio d'Europa*, in *Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti*, a cura di M. Condemi e F. De Pasquale, Ufficio Italiano dei Cambi, Roma, 2004, p. 177 ss..

(93) Cfr., in proposito, le informazioni fornite da P. VALENTE, *Lotta sovranazionale al riciclaggio. Principi, metodi e raccomandazioni. L'azione di San Marino*, ne *Il fisco*, 2009, fasc. n. 1, p. 6624 ss. e 6633.

(94) In particolare, meritano di essere ricordate al riguardo le raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) contro il riciclaggio del denaro di provenienza illecita e contro il finanziamento del terrorismo: in argomento, v. i contributi

ispirata alla disciplina italiana riveniente, nel suo assetto riformato, dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, ricalcandone sia l'impianto d'insieme che molte soluzioni specifiche[95].

Così, dopo una norma di apertura contenente un elenco di definizioni utili per la corretta interpretazione dell'intero testo (tra le quali, al comma 2, anche la definizione di «riciclaggio», valevole come in Italia ai soli fini del provvedimento nel quale è inserita, affiancandosi a questa quella prevista in ambito penale dall'art. 199-*bis* c.p., omologo dell'art. 648-*bis* c.p. italiano), la l. n. 92/2008 innanzi tutto istituisce presso la Banca centrale locale l'Agenzia di Informazione Finanziaria, corrispondente all'Unità di Informazione Finanziaria operativa presso la Banca d'Italia e parimenti dotata di autonomia e indipendenza; anche le funzioni dei due organismi possono dirsi analoghe, sostanziandosi primariamente nella raccolta delle segnalazioni di operazioni sospette e nel loro approfondimento, nella vigilanza sul rispetto degli obblighi derivanti dalla normativa primaria e secondaria in materia e nella collaborazione con le altre autorità, nazionali ed internazionali.

Notevoli affinità si riscontrano altresì sul piano degli strumenti preventivi. Pur con qualche differenza che rende ad onor del vero la disciplina sammarinese in alcuni punti sensibilmente meno incisiva di quella italiana, in entrambi gli ordinamenti l'edificio allestito per il contrasto del riciclaggio poggia infatti su quattro pilastri fondamentali: gli obblighi di adeguata verifica della clientela, ossia di identificazione del cliente all'atto dell'instaurazione di un rapporto continuativo ovvero dell'esecuzione di operazioni occasionali o di prestazioni di importo superiore a 15.000 euro, anche frazionate (cfr. artt. 21 ss., l. n. 92/2008, cit.), obblighi che a seconda dei casi possono essere semplificati ovvero rafforzati in base a criteri di proporzionalità rispetto al rischio stimato; in secondo luogo (con un'inversione rispetto all'ordine espositivo seguito dalla corrispondente norma italiana, che se ne occupa solo dopo aver disciplinato gli altri tre profili in argomento), le limitazioni all'uso del denaro contante e dei titoli al portatore (art. 31, l. ult. cit.), con l'importante avvertenza che il limite di importo entro il quale la circolazione del denaro o dei titoli

di A. Baldassarre, L. Criscuolo, M. Gara e A. Pavesi, in *Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti*, a cura di M. Condemi e F. De Pasquale, cit., p. 277 ss. e 441 ss., nonché A.Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005, p. 257 ss..

(95) Per una presentazione ed anche per un raffronto con la corrispondente disciplina italiana, cfr. M. Bodellini, *Il sistema antiriciclaggio sammarinese a confronto con quello italiano*, in *Notariato*, 2009, p. 560 ss.; Id., *La nuova disciplina antiriciclaggio della repubblica di San Marino: differenze e somiglianze con il modello italiano*, in *Dir. economia*, 2009, p. 331 ss..

resta libera è fissata a 15.000 euro, ben al di sopra pertanto del rigore proprio della legislazione di casa nostra, che di recente ha attestato la soglia in parola a soli 1.000 euro[96]; ancora, gli obblighi di registrazione dei dati raccolti in esecuzione degli adempimenti di adeguata verifica della clientela (art. 34 s., l. n. 92/2008, cit.), dovendo tuttavia conservare le informazioni raccolte in un archivio informatizzato per un periodo di cinque anni, e non di dieci come richiesto dalla normativa italiana; infine, gli obblighi di segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (art. 36 ss., l. n. 92/2008, cit.). A corredo, ulteriori disposizioni (solo in parte desunte dalla disciplina del nostro Paese) riguardanti le procedure ed i controlli interni e la formazione del personale, nonché misure specifiche per il contrasto del terrorismo e del suo finanziamento ed altre riguardanti il personale di polizia, oltre ad un articolato quadro di sanzioni penali e amministrative.

Una, seppur rapida, riflessione a parte merita la questione della disciplina antiriciclaggio applicabile nei confronti delle società fiduciarie. Nel diritto sammarinese, infatti, le società fiduciarie, in quanto rientranti tra i c.d. «soggetti designati», da un lato sono tenute, tra gli altri aspetti, all'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica verso la propria clientela, dall'altro però, presumibilmente proprio perché sottoposte alle prescrizioni in argomento e dunque potendosi assumere già instaurato un adeguato presidio di contrasto del fenomeno criminale[97], beneficiano a loro volta del regime di adeguata verifica semplificata nei loro confronti da parte degli altri «soggetti designati». Il d.lgs. n. 231/2007 italiano adotta invece una disciplina parzialmente diversa, ancora una volta più restrittiva di quella oltreconfine, per quanto una recente modifica normativa abbia ora attenuato siffatte differenze. Per vero, sotto il profilo della sottoposizione agli obblighi di adeguata verifica della clientela (al pari di quelli di registrazione e di quelli di segnalazione), anche nella legislazione di casa nostra le società fiduciarie figurano tra gli intermediari finanziari chiamati a concorrere nel contrasto del riciclaggio, comparendo nell'elenco di cui all'art. 11 del decreto in parola. A differenza tuttavia delle corrispondenti società sammarinesi, nell'impianto originario del d.lgs. n. 231/2007 le fiduciarie italiane non

(96) Cfr. art. 49, d.lgs. n. 231/2007, nel testo da ultimo modificato ad opera dell'art. 12 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214; nel testo originario del decreto, però, questo limite di importo era stabilito in 5.000 euro, soglia poi più volte modificata in aumento o in diminuzione nel volgere di breve tempo: su queste vicende, v. i puntuali rilievi di A. MINTO, *Le "canne al vento" della disciplina antiriciclaggio: brevi riflessioni a margine di alcune disposizioni del d.l. n. 78/2010*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, I, p. 149 ss..

(97) Così infatti M.. BODELLINI, *op. ult. cit.*, p. 345; P. VALENTE, *op. cit.*, p. 6631, nt. 40.

godevano dell'assoggettamento all'adeguata verifica semplificata, dando luogo di fatto ad una duplicità di controlli (ossia di tutti i destinatari degli obblighi antiriciclaggio nei confronti delle società fiduciarie, e delle società fiduciarie nei confronti dei fiducianti); la riforma generale dei soggetti operanti nel settore finanziario recata dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ha peraltro innovato profondamente anche la disciplina delle società finanziarie, enucleandone alcune che – in ragione dell'attività esercitata, della natura degli eventuali soci controllanti, della forma giuridica, o dell'ammontare del capitale sociale – sono sottoposte ad una più penetrante forma di vigilanza da parte della Banca d'Italia proprio in ordine al rispetto della disciplina antiriciclaggio (si veda in proposito il nuovo testo dell'art. 199 t.u.f.)[(98)]: così "tranquillizzato", il legislatore delegato ha dunque ritenuto di poter estendere anche a queste specifiche società fiduciarie il regime agevolato della sottoposizione alla verifica semplificata (cfr. infatti la lett. m-*bis)* introdotta nell'art. 11, co. 1, d.lgs. n. 231/2007), mentre nei confronti delle restanti rimane in vigore l'assoggettamento alla verifica piena (cfr. art. 11, co. 2, lett. *a)*, d.lgs. ult. cit., anch'essa coerentemente modificata ad opera del d.lgs. n. 141/2010). Per le prime ne consegue, come anticipato, la sopravvenuta somiglianza al regime già da tempo applicabile a tutte le società fiduciarie con sede legale nella Repubblica di San Marino.

5. Il segreto bancario nella Repubblica di San Marino

Si è già sopra riferito, al par. 3, che la legislazione bancaria sammarinese, diversamente da quella italiana, riconosce espressamente il segreto bancario. In particolare, l'art. 36 LISF[(99)] vieta di divulgare dati e notizie acquisite nell'esercizio delle attività *lato sensu* finanziarie coperte da riserva a qualsivoglia esponente aziendale, sia di vertice che appartenente al personale dipendente, così come ai collaboratori occasionali e a quelli esterni; divieto analogo riguarda i soggetti nella medesima posizione, ma presso società cui l'intermediario abbia esternalizzato determinate funzioni che abbiano implicato la trasmissione di quei dati e notizie. L'obbligo di mantenere il segreto permane anche una volta cessato il rapporto di lavoro, la carica, la funzione o l'incarico professionale.

(98) Per una prima disamina delle modifiche introdotte, v. E. Ruggiero, *La riforma della disciplina delle società fiduciarie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 521 ss..

(99) Per un ampio commento, v. P. Valente, *Il segreto bancario nella Repubblica di San Marino tra normativa consolidata e prospettive di riforma*, ne *Il fisco*, 2010, fasc. n. 1, p. 213 ss..

Il divieto si arresta però nel caso di indagini penali e nei confronti di taluni soggetti pubblici interni, quali soprattutto la Banca Centrale nazionale e l'Agenzia di Informazione Finanziaria, nonché gli enti deputati allo scambio diretto di informazioni con gli omologhi organi esteri, in base ad accordi internazionali. Interessanti sono anche i casi, elencati al comma 6, nei quali è la legge stessa ad escludere trattarsi di ipotesi di violazione del segreto: così, ad esempio, quando la comunicazione avvenga nell'ambito di un contenzioso in corso tra il «soggetto autorizzato» – ossia, in sintesi, l'intermediario o il professionista – e il cliente, ancorché – si noti – tale comunicazione attenga ad un rapporto tra le parti diverso da quello oggetto del contendere, con il solo limite dell'inerenza alla difesa processuale.

Con norma infine per certi versi vicina all'art. 119, co. 4, t.u.b. – che peraltro la declina nel contesto della ben diversa disciplina di trasparenza bancaria – l'art. 36, co. 7, LISF abilita l'erede, il procuratore di una procedura concorsuale, il tutore o il curatore ad ottenere dati e notizie coperti da segreto, anche se riferiti ad un periodo anteriore alla morte o al provvedimento giudiziale di nomina.

Tutto ciò premesso con riguardo specifico alla disciplina sammarinese posta espressamente a protezione del segreto bancario, in termini più generali occorre tuttavia avere presente che invece, sul piano pratico, l'opacità garantita al cliente trova, ovunque, la sua principale e più frequente ragion d'essere nell'intento di quest'ultimo di sottrarsi all'imposizione fiscale nel Paese d'origine: pertanto, qualora i due ordinamenti – quello cioè di origine del cliente e quello dello Stato dove opera l'intermediario – raggiungano un accordo teso a regolare bilateralmente il trattamento tributario del rapporto, l'utilità concreta del segreto bancario perde agli occhi del cliente, tanto attuale quanto potenziale, molto del suo *appeal*.

Di qui gli sforzi compiuti a monte, ossia a livello internazionale, tesi a promuovere convenzioni di questo genere. In particolare, in ambito OCSE già da un decennio è stato predisposto un modello di accordo contro le doppie imposizioni e per lo scambio di informazioni, c.d. TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*)(100): nel momento in cui uno Stato raggiunge il numero minimo di dodici di questi accordi, viene incluso in una lista c.d. «*white*», ossia di ordinamenti cooperativi sul fronte dello scambio di informazioni.

(100) In generale, sull'argomento, v. P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005, p. 1125 ss., partic. p. 1159 ss.; P. VALENTE, *I* Tax Information Exchange Agreements *(TIEAs). Disposizioni Ocse su scambio di informazioni con paradisi fiscali*, ne *Il fisco*, 2009, fasc. n. 1, p. 5781 ss..

La Repubblica di San Marino ha raggiunto l'obiettivo nel 2009, come riconosciuto dal *Progress Report* dell'OCSE del 25 settembre di quell'anno, sicché secondo i parametri valutativi internazionali a tutti gli effetti non può più essere considerato un «paradiso fiscale»[101]. Anzi, sempre in argomento, assai di recente il Consiglio Grande e Generale sammarinese ha approvato la l. 22 luglio 2011, n. 106, recante «*Disposizioni per l'implementazione dell'assistenza fiscale internazionale attraverso lo scambio di informazioni*», che sembra testimoniare un percorso di reale e concreto avvicinamento di questo ordinamento agli *standard* in punto di scambio di informazioni e, più in generale, di *disclosure* internazionale: in virtù della nuova disciplina, infatti, lo scambio di informazioni su richiesta viene garantito da San Marino non soltanto nei riguardi di quegli Stati con i quali la Repubblica ha sottoscritto accordi specifici sulla cooperazione amministrativa in ambito fiscale, bensì anche rispetto a quelli con i quali non sussistono obblighi convenzionali reciproci[102].

È importante osservare che i giudizi di organizzazioni internazionali come il GAFI[103] o l'OCSE producono effetti assai rilevanti anche sul piano della disciplina antiriciclaggio[104], giacché l'appartenenza di un Paese al novero dei Paesi c.d. equivalenti – nel quale cioè siano prescritti obblighi paragonabili a quelli imposti dai provvedimenti dell'Unione Europea in materia, accompagnati dalla previsione di controlli circa il loro rispetto – consente l'applicazione del regime semplificato di adeguata verifica della clientela (cfr., per l'ordinamento italiano, l'art. 25, co. 1, lett. *c)*, e co. 2, d.lgs. n. 231/2007, cit.) mentre, per converso, l'inclusione nella c.d. «*black list*» comporta il divieto di instaurare o proseguire un rapporto continuativo ovvero comunque di eseguire operazioni di cui siano parte, direttamente o anche solo indirettamente, società fiduciarie,

(101) Cfr. P. Valente, *Lotta sovranazionale al riciclaggio*, cit., p. 6627 s., nt. 35; Id., *Il segreto bancario nella Repubblica di San Marino tra normativa consolidata e prospettive di riforma*, cit., p. 217, nt. 19.

(102) Per un'illustrazione della novella, v. P. Valente – L. Beccari – C. Alagna, *Scambio di informazioni in materia fiscale: la nuova normativa di San Marino*, ne *Il fisco*, 2011, fasc. n. 1, p. 5187 ss..

(103) V. *supra*, nt. 19.

(104) V. A. Baldassarre – M. Condemi, *I centri* offshore, in *Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti*, a cura di M. Condemi e F. De Pasquale, cit., p. 213 ss.; per una valutazione di ordine economico, v. invece F. Castelli – D. Masciandaro, *Integrazione dei mercati finanziari, riciclaggio e paradisi fiscali*, in *Mercati finanziari e riciclaggio*, a cura di F. Bruni e D. Masciandaro, Milano, 1998, p. 1 ss. e, più di recente, L. Borlini, *Issues of the International criminal regulation of money laundering in the context of economic globalization*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 37 ss., partic. p. 54 ss., ove anche ampia bibliografia di riferimento.

trust(105), società anonime o controllate attraverso azioni al portatore (si veda l'art. 28, co. 7-*bis* e 7-*ter*, d.lgs. n. 231/2007, cit.)(106).

In sostanza, dunque, nonostante i persistenti margini di elasticità applicativa che continuano ad improntare di sé importanti segmenti della legislazione bancaria e finanziaria sammarinese e talora anche la già evidenziata minore incisività di talune disposizioni specifiche rispetto alle corrispondenti norme italiane, negli ultimi tempi pare assistersi ad un impegno significativo delle autorità locali per dotare l'ordinamento del piccolo Stato di un quadro di regole, nella materia dei rapporti economico-finanziari con l'estero, improntate ad una più accentuata trasparenza e ad una maggiore collaborazione internazionale, così da evitare che le tendenze in atto a livello globale all'implementazione di strumenti sempre più incisivi finalizzati ad isolare i Paesi c.d. «*off shore*» caratterizzati da maggiore opacità in materia possano tramutare in danno i vantaggi sin qui tradizionalmente assicurati dalla propria posizione di *enclave*.

Abstract

Because of geography, the economic and financial relations between Italy and San Marino have specific characteristics: the small size of the latter, in fact, led to the adoption of a regulatory framework favorable to attract foreign capital, but at the same time virtually suitable to be involved in illegal movement of money. Despite the peculiarities of San Marino (with regard to the structure of Supervisory Authorities, anti-money laundering discipline and bank secrecy arrangement), especially if compared to the Italian ones, it seems that in the last years the "Titan Republic" has been directing towards a framework characterized by greater transparency and increased international cooperation.

(105) Si rilevi, incidentalmente, che la Repubblica di San Marino si è dotata di un'articolata legislazione in materia di *trust* e fiduciaria: si veda, in particolare, la l. 1° marzo 2010, n. 42, disciplinante «l'istituto del trust», sino alla recentissima istituzione, ad opera della l. cost. e l. qualificata 26 gennaio 2012, n. 1, della Corte per il Trust e i rapporti fiduciari.

(106) Sul punto, con specifico riferimento alla Repubblica di San Marino, v. M. Bodellini, *op. ult. cit.*, p. 357; più in generale, cfr. invece G. Marino, *"Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni, innesti e (probabili) mutazioni genetiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, I, p. 193.

La responsabilità del dirigente: deleghe, funzioni e responsabilità, licenziamento disciplinare

Adalberto Perulli
Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

1. Premessa

Nell'epoca del rischio e dell'incertezza, emerge una forte richiesta di responsabilità. L'impresa, attore economico per eccellenza, è chiamata ad essere responsabile non solo nei confronti degli azionisti ma anche verso l'ambiente in cui opera. Lo sviluppo dell'attività d'impresa esige l'ottimizzazione delle articolazioni e delle relazioni tra le diverse strutture che la compongono. La moderna strutturazione dell'organizzazione produttiva postula quindi l'abbandono progressivo della precedente visione basata sulla valorizzazione del singolo talento e sulla rigida organizzazione verticistica; affiora invece l'esigenza di decentramento dei processi decisionali che tendono a favorire e valorizzare l'aggregazione e la responsabilizzazione del *management* anche attraverso lo strumento giuridico del conferimento di deleghe e di sempre più penetranti attribuzioni di poteri. Pertanto il modello organizzativo classico, incentrato sulla struttura "verticalizzata ed elitaria" e l'accentramento decisionale sta cedendo il passo ad uno snellimento delle strutture organizzative ed ad una gerarchia non fondata più solo sul concetto di qualifica professionale quanto sulle competenze sempre più specialistiche che si coordinano per il perseguimento degli obiettivi dell'impresa.

In questo contesto le problematiche giuridiche legate alla responsabilità del dirigente assumono nuovi contorni: se da un lato perde di senso utilizzare la tradizionale figura del dirigente-*alter ego* tracciata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali, dall'altro si estendono, si arricchiscono e si articolano i profili collegati alla materia della responsabilità, mentre sullo sfondo cresce l'urgenza di apprestare discipline unitarie a tutela della persona, specie con riferimento alla materia del licenziamento, andando oltre l'alternativa secca tra recesso libero-recesso vincolato che caratterizza la collocazione della figura dirigenziale nell'ambito del lavoro subordinato.

2. Le coordinate sistematiche

La tematica della responsabilità del dirigente d'azienda privata interseca un crocevia di discipline giuridiche. I comportamenti che possono integrare ipotesi di "giusta causa" o di "giustificatezza" del recesso nel rapporto dirigenziale sono oggetto di indagine del giurista del lavoro; la disamina dei poteri dei collaboratori dell'imprenditore è tipica del diritto commerciale (si pensi al caso in cui il dirigente compia atti in nome del datore di lavoro esorbitando dai limiti del mandato ricevuto)[107]. Sulla tematica della responsabilità extracontrattuale del lavoratore si delinea una profonda evoluzione che partendo dalla valutazione di Ludovico Barassi sull'assorbimento di essa in quella contrattuale, giunge a quella più moderna di Federico Mancini e di Renato Scognamiglio condivisa pure dal Supremo Collegio; tale ultima impostazione individua talora ipotesi di concorso dell'una e dell'altra responsabilità in capo al lavoratore, qualora le condotte dannose ad esso imputabili, persino plurioffensive, siano collegabili col rapporto di lavoro, non nel senso occasionale ma in quello ben diverso della riferibilità di quelle condotte all'esecuzione della prestazione svolta disattendendo gli obblighi sia di diligenza e fedeltà che del generale dovere di *neminem laedere*[108]. In linea generale si deve affermare che il criterio idoneo ad enucleare le fattispecie che possono dare adito alla responsabilità del dirigente non possa essere stabilito secondo una valutazione generale ed a priori ma debba essere invece più opportunamente determinato in considerazione delle competenze e delle funzioni attribuitegli nell'ambito della specifica categoria produttiva alla stregua dell'accordo collettivo e delle ulteriori pattuizioni individuali

(107) Cass. 28 maggio 1982 n. 3296.

(108) CERRETA M., *La responsabilità del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1990, n. 1, p. 322.

apprezzabili anche in base ai comportamenti concludenti; tenuto conto comunque del fatto che l'art. 2104 c.c. prescrive che il prestatore di lavoro (e quindi anche il dirigente) deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa».

Il ruolo che il dirigente occupa all'interno dell'organizzazione aziendale lo pone talvolta, secondo la tralatizia ed oggi un po' vetusta formula giurisprudenziale, quale *alter ego* dell'imprenditore, ovvero come colui che, preposto alla direzione dell'intera organizzazione aziendale o di una branca o settore autonomo di essa, sia in concreto investito di attribuzioni che per la loro ampiezza e per i poteri di iniziativa e di discrezionalità comportano responsabilità di elevato livello. L'uso del termine "preposto" richiama alla mente pertanto la figura dell'institore dell'art. 2203 c.c., ed il fatto che sovente la rappresentanza sia funzionale al rapporto gestorio (nel nostro caso un rapporto di lavoro) che il collaboratore è tenuto a compiere. L'intersezione delle materie non deve però comportare fraintendimenti.

La disciplina giuscommercialistica dei collaboratori dell'imprenditore rivolge comunque la propria attenzione alla tutela di coloro che entrano in rapporto con l'impresa al fine di ridimensionare i pericoli cui è esposto il terzo contraente e di tutelare sia il suo affidamento che la speditezza dei traffici in genere. La delega riconnessa alla preposizione institoria può quindi avere una proiezione esterna ed allora diviene oggetto d'indagine del diritto dell'impresa; può concernere inoltre l'aspetto interno del rapporto di lavoro e rilevare quale possibile fonte di inadempimento nei confronti del datore ed allora attiene eminentemente a profili strettamente giuslavoristici o civilistici (si pensi al caso di recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale a causa del comportamento del dirigente che abbia assunto iniziative in aree di non competenza affidate ad altri managers e senza aver consultato gli stessi)(109).

3. La delega di poteri: funzioni e requisiti

Nell'attuale sistema normativo è frequente che alcune normative attribuiscano responsabilità penali e civili ad esponenti aziendali qualificati come "datore di lavoro, dirigente, preposto, titolare responsabile" in relazione alla rilevanza sociale e collettiva degli interessi tutelati dalla normativa stessa. La scelta legislativa di individuare più centri d'imputazione delle responsabilità deriva dal fatto che, in virtù della com-

(109) Trib. Milano, 8 gennaio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 894.

plessità dell'organizzazione aziendale, non risulta possibile individuare una figura che in assoluto possa essere destinataria di tutta una serie di obblighi e responsabilità. Pertanto il legislatore quando vuole ancorare una responsabilità, soprattutto di natura penale, ricorre a formule generalizzanti che, all'interno della singola realtà aziendale si traducono in un addebito verso un lavoratore o un gruppo di lavoratori in relazione alle mansioni svolte ed alle deleghe, ai poteri ed alle attribuzioni in concreto conferite. Queste responsabilità sono generalmente rinvenibili in capo alla dirigenza, proprio in relazione ai contenuti professionali che informano la qualifica. All'interno della struttura aziendale, che dovrebbe essere naturalmente volta ad assicurare l'efficienza, tempestività ed unitarietà nel governo dell'impresa, la delega di competenze è esplicazione dei poteri di direzione, controllo e che si giustificano sulla base del principio gerarchico insito nell'organizzazione dell'impresa così come disegnata dall'impianto del codice (art. 2086 c.c.). La delega può concernere compiti di gestione (affari legali, del personale) e di rappresentanza interna (ad es. il benestare di alcuni uffici prima della stipula di un contratto) ma può anche comportare un potere di rappresentanza traducendosi in un potere di agire in nome e per conto della società anche nei rapporti esterni (c.d. potere di firma). La giurisprudenza ha qualificato e differenziato la delega di esecuzione in cui il titolare dell'obbligo giuridico si limita ad affidare compiti meramente attuativi delle proprie decisioni conservando pienamente la propria posizione di garanzia; e la delega di funzioni che si caratterizza invece per l'attribuzione di autonomi poteri deliberativi ad un soggetto che non ne sia originariamente titolare.

Secondo una prima tesi con la delega nascerebbero delle posizioni derivate di garanzia in capo ai delegati e gli obblighi dell'originario garante si trasformerebbero in doveri di vigilanza e di intervento su situazioni conosciute o comunque che si sarebbero dovute conoscere. Secondo un altro indirizzo invece la delega avrebbe la funzione di creare un nuovo titolare della posizione di garanzia: dal punto di vista obiettivo il trasferimento di funzioni metterebbe il delegato nelle condizioni di apprestare un'adeguata tutela all'interesse tutelato senza alcuna necessità dell'intervento del delegante. Secondo un'ulteriore ricostruzione rileverebbe il "principio dell'affidamento": il garante originario, nel ripartire le funzioni all'interno della sua organizzazione, limiterebbe i suoi doveri e frazionerebbe quelli restanti demandandoli ai suoi collaboratori. Sulla base di tale situazione potrà legittimamente confidare che i delegati osservino i parametri di diligenza richiesti dall'esercizio delle funzioni loro attribuite, dovendosi attivare solo allorquando venga a conoscenza di eventuali inosservanze.

Nel caso di lavoratori subordinati di alto livello professionale, normalmente dirigenziale, si verifica che tali figure siano destinatarie di funzioni in forza di un atto che contiene anche uno specifico mandato *ad negozia* conferito dagli amministratori per compiere atti giuridici dispositivi. Si tratta pertanto di collaboratori dell'imprenditore molto particolari: essi non sono lavoratori subordinati secondo un criterio di soggezione ubbidiente essendo legati all'impresa da un contratto misto e complesso. In questi casi determinate attività gestorie vengono svolte anche in posizione di collaborazione del tutto particolare e di ampia autonomia qualificata per cui il loro svolgimento può costituire oggetto sia di rapporto di lavoro solo economicamente subordinato, sia di altri rapporti tipici come ad esempio quello di mandato. Il conferimento del mandato e dell'eventuale procura rappresentativa da parte degli amministratori è qui un particolare arricchimento di compiti, poteri e responsabilità.

La giurisprudenza ha affrontato la tematica della delega soprattutto con riferimento ai casi di responsabilità penale enucleando dei requisiti di validità della medesima che consentano di evitare l'effetto di traslazione verso i dirigenti delle responsabilità nei casi in cui la delega sia solo formale ma non effettiva. Presupposto della delega è il fatto che l'imprenditore sia impossibilitato, per la complessità e l'ampiezza dell'azienda, per la pluralità di sedi e di stabilimenti, ad adempiere agli obblighi imposti dalla legge. Per la validità dell'atto occorrono una serie di requisiti enucleati dalla giurisprudenza che possono essere così sintetizzati: la delega deve essere espressa, univoca e specifica; la persona delegata deve essere idonea al compito per competenza tecnica ed esperienza; devono essere trasmessi al delegato non solo l'obbligo del rispetto delle norme ma anche dei mezzi tecnici, finanziari ed organizzativi necessari; il delegato deve aver manifestato il proprio consenso anche tacito; il delegante può vigilare ma non deve interferire sull'operato del delegato.

Ciò che è importante evidenziare è che attraverso lo strumento della delega il datore assume comunque il rischio economico dell'inadempimento degli obblighi tra i quali rileva, ad esempio, quello di sicurezza. Il datore può quindi andare esente da responsabilità penale per l'omissione delle cautele doverose, ove questa sorga in virtù della delega imputabile ad altri, permanendo però sempre in capo a lui la responsabilità civile. Rileva a tal fine, infatti, l'art. 1228 c.c. secondo cui «il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro»[110]. L'inadempimento del suo

(110) GRANDI M., PERA G., *Commento all'art. 2095 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, p. 423.

collaboratore potrà però rilevare nel rapporto interno ed essere fonte di responsabilità del dirigente per violazione dell'obbligo di diligenza nell'esecuzione della prestazione con le possibili talora drammatiche conseguenze in tema di recesso.

4. Un caso tipico di delega di funzioni: obblighi nascenti dalla normativa in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro

Con il d.lgs. n. 626/1994 coordinato col d.lgs. n. 242/1996 sono state introdotte nel nostro ordinamento, in attuazione di alcune direttive comunitarie, una serie di previsioni riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro. Il decreto nel prevedere misure generali di tutela definisce all'art. 2 alcune figure, tra cui il datore di lavoro, ovvero il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o comunque il soggetto che secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa ha la responsabilità dell'impresa stessa, ovvero dell'unità produttiva intesa come stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni e servizi dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale, in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa. Tale ampia definizione ricomprende tutte le nozioni di datore di lavoro; da quella tradizionale di formale titolare del rapporto di lavoro *ex* art. 2082 c.c. a quella sostanziale ancorata alla concreta responsabilità d'impresa, secondo la statutaria ripartizione dei poteri; comprende inoltre quella del datore di lavoro "di fatto" ricavabile dall'avverbio «comunque» con il quale si mette in rilievo che è essenziale verificare in capo al soggetto la disponibilità dei poteri inerenti alla funzione acquisita, sovente, tramite una delega. Sono inoltre puntualmente ed analiticamente stabiliti gli obblighi del datore di lavoro, (*rectius*) del dirigente che ha la responsabilità dell'organizzazione della prevenzione e protezione in azienda ed è quindi tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei dipendenti; infine l'art. 89 appresta le sanzioni per le contravvenzioni commesse dal datore di lavoro e dal dirigente. I titolari degli obblighi di sicurezza, ed in particolare il soggetto responsabile per gli adempimenti posti dal d.lgs. n. 626/1994, secondo la giurisprudenza "devono adottare non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata e quelle generiche dettate dalla comune prudenza ma anche tutte le altre misure che in concreto si rendano necessarie per la tutela del lavoro in base all'esperienza ed alla tecnica". Tuttavia da tale norma non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare

ogni cautela possibile ed innominata diretta ad evitare qualsiasi danno con la conseguenza di ritenere automatica la responsabilità ogni volta che il danno si sia verificato, «occorrendo invece che l'evento sia riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati»[111].

La materia è stata significativamente innovata dal d.lgs. n. 81/2008, recante le nuove linee guida in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro. Il Testo Unico definisce anzitutto il dirigente come la «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa», mentre il preposto è colui che «in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovraintende alle attività lavorative e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

Elemento di assoluta novità è la disciplina legislativa dell'istituto della delega di funzioni (art. 16), finora legittimato sul piano normativo (art. 1, co. 4-*ter*, d.lgs. n. 626/1994) ma affidato quanto alla determinazione dei contenuti e dei requisiti di validità ed efficacia alle copiose indicazioni della dottrina e della giurisprudenza. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro è ammessa con una serie di limiti e condizioni: deve risultare da atto scritto recante data certa e l'accettazione del delegato, il delegato deve possedere tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, la delega deve attribuire tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate nonché l'autonomia di spesa per lo svolgimento di tali funzioni. Non sono delegabili una serie di attività di valutazione dei rischi intra-aziendali – non dei rischi interferenziali in caso di appalti interni -, contemplate dall'art. 17 (segnatamente: la valutazione di tutti i rischi nonché la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi), mentre è stato confermato il c.d. principio di scalettamento degli obblighi di sicurezza e di salute, in base al quale l'estensione dell'area di esposizione alla responsabilità va correlata, per i dirigenti prevenzionistici, al complesso delle attribuzioni e competenze ad essi conferite, e per i preposti, alla posizione ricoperta in seno all'organizzazione aziendale, desumibile anche solo dall'esame dell'organigramma generale dell'azienda. L'art.

(111) Cass., 2 GIUGNO 1998, N. 5409.

18, infine, elenca tutti gli obblighi gravanti sul datore di lavoro e sul dirigente che organizzano e dirigono le attività secondo le attribuzioni e le competenze ad essi conferite.

5. Un altro caso: obblighi nascenti dalla normativa in materia di tutela dei dati personali

Con la l. n. 675/1996 (oggi trasfusa nel codice in materia di dati personali d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) il legislatore ha inteso perseguire l'obiettivo di garantire che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza ed all'identità personale ed alla protezione dei dati. In relazione a ciò è previsto che i dati personali debbano essere: trattati in modo lecito e secondo correttezza; raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittim; esatti e, se necessario, aggiornati; pertinenti completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati (art. 11). A presidio di tali adempimenti sono previste sanzioni penali per l'omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati, per l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità garante ma anche sanzioni amministrative nonché la responsabilità civile ex art. 2050 (esercizio di attività pericolose) per chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali (art. 15). Il risarcimento del danno per espressa disposizione di legge (art. 15), in caso di violazione del suddetto art. 11, comprende anche il pregiudizio non patrimoniale.

In relazione all'attuazione degli scopi di tutela del trattamento la legge prevede due importanti figure: il titolare, cioè la persona fisica o la persona giuridica cui competono le decisioni e gli obblighi in ordine alle finalità ed alle modalità del trattamento dei dati personali; il responsabile cioè la persona fisica o giuridica preposti dal titolare al trattamento dei dati personali. In particolare si prevede che il responsabile debba essere nominato tra i soggetti che per esperienza, capacità ed affidabilità forniscano idonea garanzia del pieno rispetto delle vigenti disposizioni in materia di trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza (art. 29). Il responsabile procede al trattamento attenendosi alle istruzioni impartite dal titolare il quale, anche tramite verifiche periodiche, vigila sulla puntuale osservanza delle disposizioni e delle proprie istruzioni. I compiti affidati al responsabile devono essere analiticamente specificati per iscritto.

6. Responsabilità del dirigente, vincolo fiduciario e produzione dei risultati di gestione

Il dirigente è oggi titolare di una serie di situazioni passive a geometria variabile la cui inottemperanza può dar luogo non solo ad inadempimento per l'esecuzione della prestazione in modo derogatorio agli obblighi di diligenza e di fedeltà e di non concorrenza ma anche a qualificazioni che sfuggono dalla dicotomia adempimento/inadempimento degli obblighi contrattuali. Qualsiasi generalizzazione in ordine alla posizione del dirigente, sia ai fini dell'imputazione di reati sia ai fini della responsabilità contrattuale per inadempimento, è foriera pertanto di equivoci; bisogna tener conto della specifica "competenza" o meglio delle mansioni affidate a ciascuno nello specifico settore produttivo. Il contenuto della prestazione lavorativa appare però caratterizzata dal ricorrere costante ed in modo identico in rapporto a tutti i livelli funzionali di una connotazione costituita dalla responsabilità del dirigente assunta per il raggiungimento del risultato gestionale afferente alla porzione di attività affidata. L'imputazione del risultato gestionale corrisponde, se considerato sotto il particolare angolo visuale della responsabilità verso il datore, a quel potere di imprimere direttive all'intera impresa così come a specifici settori di essa. È proprio nell'imputazione del risultato gestionale che trova al tempo stesso espressione e giustificazione la rilevata peculiarità della collaborazione e del vincolo fiduciario ai quali è correlata la suddetta specialità del rapporto. Nel rapporto di lavoro dirigenziale, diversamente dagli altri rapporti di lavoro subordinato, la rilevanza della fiducia si amplia a tal punto da consentire la valutazione dell'adempimento dell'obbligazione di lavorare anche in termini di raggiungimento del risultato gestionale. Ciò non si traduce nel riproporre l'ormai scolorita distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ma mira solo a rimarcare che, quando al dirigente siano affidati poteri di iniziativa, non possa essere negata al datore di lavoro una discrezionalità nell'apprezzamento sul piano della congruità della prestazione resa rispetto agli obiettivi aziendali. A tal proposito risulta illuminante quanto statuito dalla Cassazione, secondo cui "fatti o condotte non integranti una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento con riguardo ai generali rapporti di lavoro subordinato ben possono giustificare il licenziamento del dirigente, per cui, ai fini della giustificatezza del medesimo, può rilevare qualsiasi motivo purché apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore, nel cui ambito rientra l'ampiezza dei poteri attribuiti al dirigente: maggiori poteri presuppongono una maggiore intensità di fiducia ed uno spazio più ampio ai fatti idonei a scuoterla; la valutazione dell'idoneità del fatto

materiale ad integrare la giustificatezza naturalmente è di pertinenza del giudice di merito[112].

La giustificatezza contrattuale costituisce pertanto un criterio di valutazione più ampio ed elastico rispetto alla giusta causa o al giustificato motivo. Come ora vedremo, la nozione di giustificatezza del licenziamento, quando quest'ultimo rappresenta lo strumento di reazione dei confronti di un inadempimento, fonda, alla stessa stregua dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo, anche una dimensione procedurale di protezione della persona, che si sostanzia in un requisito di regolarità che assume la medesima qualificazione giuridica delle causali di licenziamento.

7. Il licenziamento disciplinare del dirigente

L'esclusione delle tutele legali in materia di licenziamento del dirigente viene notoriamente ricondotta ad un'asserita specialità del rapporto di lavoro in ragione del marcato grado di fiducia che permea lo svolgimento dello stesso[113]. Il rinnovarsi intenso del dibattito giurisprudenziale in materia di presunta responsabilità del dirigente e del conseguente licenziamento dimostra che l'esclusione di tale categoria dalla stabilità del posto di lavoro ha finito per trasferire sulle corti quella domanda disattesa in sede legislativa. Il contenzioso in materia ruota intorno al tentativo di pervenire, per via interpretativa, alla progressiva attrazione del dirigente nel sistema di garanzia contro il licenziamento illegittimo, tentativo alimentato dall'inclinazione ad un uso espansivo della tutela legale (giusta causa) anche grazie all'estensione della garanzia di stabilità convenzionalmente riconosciuta al dirigente tramite l'inserimento nei contratti collettivi, o anche individuali, di apposite clausole volte a circoscrivere il potere di recesso *ad nutum* spettante per legge al datore (c.d. giustificatezza): limiti ritenuti legittimi dalla giurisprudenza maggioritaria.

È certo che la posizione del dirigente non sia univoca in tutti i settori produttivi. Vi sono certamente situazioni in cui il dirigente è senz'altro l'*alter ego* del datore di lavoro. Se è ancora vero che il dirigente, secondo l'impostazione codicistica dell'art. 2095 c.c. appartiene al novero dei prestatori di lavoro subordinato non si può tacere che quella che

(112) Cass., 7 agosto 2004, n. 15322.

(113) Corte Cost., 6 luglio 1972, n. 121, in *Foro it.*, 1972, I, c. 322 e Corte Cost., 26 ottobre 1992, n. 404, in *Foro it.*, 1993, I, c. 322.

sembrava essere la figura più duttile del mondo del lavoro, ove la flessibilità rappresentava l'altra faccia del rapporto fiduciario, costituisce oggi una figura non più apicale ed alla ricerca spasmodica di tutele e garanzie anche a costo di sottrarvi responsabilità e di svuotarla, in tal modo, di contenuto. Si spiega così l'emersione di nuove qualificazioni dirigenziali soprattutto ad opera della giurisprudenza all'interno della classificazione tradizionale di dirigente quali lo "pseudo dirigente", "il mini dirigente", "il dirigente convenzionale" "il dirigente preposto"; entità talora reali e, lo si ripete, talora plasmate al fine di arricchire di tutele la figura dirigenziale in particolare nell'ambito della fattispecie del licenziamento.

Con riferimento alla materia disciplinare, tuttavia, questo tentativo di differenziare la realtà tipologica per articolare, anche in senso estensivo, le discipline protettive, sembra ormai destinata a cedere il passo ad una ri-considerazione unitaria ed aggregante, che prescinde dalle diverse figure di dirigenza riscontrabili negli organigrammi aziendali per abbracciare una visione globale, fondata su una dimensione procedurale di protezione della persona del lavoratore: con applicazione delle regole sulla contestazione dell'addebito e del termine a difesa previsti dall'art. 7 St.lav. anche nell'ipotesi del dirigente cosiddetto medio ed apicale.

Già una storica sentenza della Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 7, co. 1, 2 e 3, St.lav., ove interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, aveva all'inizio degli anni ottanta travolto la giurisprudenza del Supremo Collegio, all'epoca consolidata, alla cui stregua il licenziamento intimato per inadempienza o trasgressione disciplinare del lavoratore restava assoggettato esclusivamente alla normativa dell'art. 2119 c.c., della legge n. 604/1966 e dell'art. 18 della l. n. 300/1970, a meno che non fosse applicabile all'atto una diversa disciplina, che, oltre ad includerlo tra le sanzioni disciplinari, lo sottoponesse al regime giuridico dell'art. 7 dello Statuto. Nuovamente intervenendo in materia alla fine del decennio, la Corte costituzionale dichiarò da un lato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 2 e 3, della l. n. 300/1970, interpretato nel senso di escluderne l'applicazione al licenziamento per motivo disciplinare intimato dal datore di lavoro che impieghi meno di sedici dipendenti; dall'altro lato reputando manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio a quo, riguardante il licenziamento di un dirigente disciplinato esclusivamente dagli artt. 2118 e 2119 del codice civile, la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1 e 3, ove interpretati nel senso della sua applicabilità ad ogni licenziamento individuale a prescindere dalla circostanza che sia convenzionalmente e formalmente strutturato come sanzione disciplinare.

Seppur sottoposta a critica da una parte autorevole della dottrina(114), la giurisprudenza della Corte costituzionale fondava il proprio ragionamento su solide argomentazioni, che avrebbero influenzato in modo rilevante l'intera materia del licenziamento disciplinare, coinvolgendo gli orientamenti degli interpreti riguardo al licenziamento disciplinare intimato ai dirigenti e agli altri residuali casi di inoperatività dell'art. 7 dello Statuto. Gli argomenti principali, sui quali si fondava il ragionamento della sentenza n. 427/1989, si colgono nelle seguenti considerazioni: «Principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento … richiedono che a favore del lavoratore colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare». Alla stessa stregua, la dottrina favorevole all'applicabilità dell'art. 7, l. n. 300/1970, ai dirigenti sottolineava la valenza generale (*ex* artt. 24 e 101 Cost.) dei principi sottesi alla norma, sintetizzabili nella formula *audiatur et altera pars*. Ora, simili fondamentali argomenti sono stati posti alla base di un'importante sentenza delle Sezioni Unite, con la quale, seguendo un'interpretazione del dato normativo "costituzionalmente orientata", oltreché rispondente a criteri logico-sistematici, si è affermata l'estensione dell'iter procedurale previsto dall'art. 7 della l. n. 300/1970 a tutti coloro che rivestono la qualifica di dirigenti in ragione dei compiti assegnati dal datore di lavoro e, quindi, senza alcuna distinzione tra dirigenti *top manager* ed altri dirigenti (c.d. "medi" o "minori") appartenenti alla stessa categoria.

Il percorso caratterizzato dalla *vis* espansiva della norma statutaria, rafforzato dal principio della rilevanza ontologicamente disciplinare del licenziamento motivato da un comportamento negligente o colpevole del lavoratore, si era interrotto con una sentenza delle Sezioni Unite, la quale, invertendo la tendenza volta ad estendere le garanzie dell'art. 7 anche all'area della libera recedibilità e, quindi, anche al licenziamento del dirigente, aveva ritenuta inapplicabile a quest'ultimo la norma statutaria, in ragione della natura spiccatamente fiduciaria del rapporto di lavoro, che esclude la stessa configurabilità del potere disciplinare in capo al datore di lavoro(115). La Suprema Corte teneva a rilevare come

(114) Cfr. SUPPIEJ G., *La Corte costituzionale legifera sui licenziamenti disciplinari?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, n. 2, p. 214; SCOGNAMIGLIO R., *Licenziamento per giusta causa e garanzie procedimentali ai sensi dell'art. 7 legge n. 300/1970*, in *Mass. giur. lav.*, 1989, II, p. 641, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, II, p. 1357.

(115) Cass. Sez. Un., 29 maggio 1995, n. 6041, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 410.

la propria pronuncia si riferisse «alla figura del dirigente propriamente detto e non riguarda il c.d. pseudo-dirigente, o dirigente meramente convenzionale nel quale le mansioni concretamente attribuite ed esercitate non hanno le caratteristiche proprie del rapporto propriamente dirigenziale». In sostanza questo filone interpretativo attribuiva un rilievo decisivo alla nozione di dirigente quale *alter ego* dell'imprenditore, dal quale si limita a ricevere direttive di carattere generale per realizzare le quali si vale di ampia autonomia, «e che anzi esercita i poteri propri dell'imprenditore assumendone, anche, se non sempre, la rappresentanza esterna». Posto che soltanto al vero dirigente non si applicherebbero le tutele procedurali stabilite dallo Statuto, la Corte, in quella pronuncia, giungeva a chiedersi se fosse addirittura possibile configurare un potere disciplinare nei confronti del dirigente apicale alla pluralità di livelli dirigenziali ravvisabile nella realtà delle organizzazioni aziendali, coordinati tra loro da vincoli gerarchici, con graduazione di compiti e responsabilità.

Successivamente la giurisprudenza di legittimità si è sostanzialmente allineata a quanto dedotto dalle Sezioni Unite, ma la dottrina non mancò di svolgere severe critiche a tale orientamento, vuoi a causa della confusione giuridica che una simile differenziazione tra trattamenti delle figure dirigenziali avrebbe comportato, vuoi mettendo in luce la desuetudine della concezione del dirigente come *alter ego* dell'imprenditore in un contesto – specie delle grandi imprese – caratterizzato dalla sussistenza di una pluralità di figure con compiti e responsabilità diversificate, vuoi ancora mettendo in discussione il presupposto teorico dell'arresto giurisprudenziale delle S.U., posto che, nella esperienza giuridica effettuale, non è del tutto vero che il rapporto di lavoro dirigenziale sia liberamente risolubile da parte datoriale, una vasta rete contrattuale avendo condizionato la possibilità di licenziamento alla sussistenza di una motivo giustificato ed istituito una procedura d'arbitrato azionabile per l'accertamento della sussistenza in concreto di detto giustificato motivo[116]. Onde, stante la rilevanza dell'atto-licenziamento ed il rilievo del principio del contraddittorio quale principio indefettibile di civiltà giuridica – tanto più laddove il potere disciplinare venga esercitato non da un organo dello Stato ma da una parte privata in condizioni di supremazia – la generale cogenza dell'art. 7, co. 2 e 3 dello Statuto anche per i rapporti di lavoro dirigenziale, quale che sia la posizione degli stessi ricoperta nell'organizzazione di

(116) Cfr. PERA G., *Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente*?, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1760.

impresa qualora il licenziamento sia motivato da una mancanza grave[117].

A tali critiche della dottrina non rimase indifferente una parte della giurisprudenza di legittimità. Rifacendosi a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la rammentata sentenza n. 427/1989, la Corte ha osservato come «l'applicabilità della garanzia previo contraddittorio al licenziamento con addebiti si ricolleghi alla natura ed ai potenziali effetti dello stesso», correlativamente dovendosi ritenere applicabile in tali situazioni, «a tutela del dirigente, il principio di civiltà giuridica *audiatur et altera pars* a cui più volte si è richiamata la Corte Costituzionale»; in ogni caso rimarcando come «in generale l'esercizio di un potere disciplinare riferito allo svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato deve rispondere al principio di proporzionalità e alla regola del contraddittorio»[118]. Nel caso di specie il punto controverso riguardava le modalità di contestazione dell'addebito, effettuata, come denunciava il dirigente, in violazione dell'art. 7 dello Statuto; in base ai criteri indicati dalle Sezioni Unite il dirigente stesso non aveva rivestito le funzioni di *top manager* o *alter ego* dell'imprenditore e non poteva, pur rivestendo la qualifica di dirigente, ritenersi sottratto ai poteri concreti di disciplina del datore di lavoro; il Collegio ritiene tuttavia di «dover far riferimento, al riguardo, alla complessiva categoria dirigenziale, la quale, in linea di massima, rileva nella sua unitarietà e non solo ai fini dell'applicazione delle discipline contrattuali ma anche ai fini dell'applicazione delle norme di legge che fanno riferimento alla relativa qualifica».

L'impatto di tale pronuncia è notevole, ed il solco che ne deriva evidenzia due concezioni alternative della nozione legale di dirigente, l'una che ravvisa i tratti di un'unica figura tipica, evitando una frammentazione della categoria tra dirigenti di vertice e dirigenti minori o medi; l'altra articolata su una pluralità di livelli dirigenziali coordinati tra loro da vincoli gerarchici con graduazione di compiti e responsabilità.

Il recente intervento delle Sezioni Unite, nel ricomporre il dissidio, evita di svilire le distinzioni che, sul piano dell'osservazione empirica, certamente esistono in seno ad una categoria complessa, ma riconduce ad unità la figura alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata che eleva a paradigma indefettibile il principio di difesa/contraddittorio e quello di proporzionalità: principio che, in una corretta visione sistematica, oltrepassa addirittura le – talvolta logore – scansioni

(117) In senso conforme DEL PUNTA R., *Il valzer delle tutele: ancora su art. 7 st. lav., recesso* ad nutum *e licenziamento del dirigente,* in *Mass. giur. lav.*, 2003, XI, p. 681; ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2003, III, p. 366.

(118) Cass., 3 aprile 2003, n. 5213, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, n. 2, p. 846.

binarie della subordinazione e dell'autonomia, per trovare applicazione a tutte le forme di prestazione di fare, di diritto privato o pubblico, di natura subordinata o anche autonoma e professionale. Come dire che la rinnovata *vis espansiva* dell'art. 7 st.lav. si fonda, nella prospettiva delle Sezioni Unite, non già sull'analisi delle caratteristiche intrinseche del rapporto di lavoro ma nella capacità del potere disciplinare di incidere direttamente, al di là dell'aspetto economico "sulla stessa persona del lavoratore, ledendone talvolta, con il decoro e la dignità, anche la sua stessa immagine in modo irreversibile"; con conseguenze negative che possono ripercuotersi, tra l'altro, anche sulla futura collocazione del dirigente nel mercato del lavoro.

Abstract

In the current context of crisis and uncertainty, organizational structures are changing and business processes are more and more decentralized: the rigid top-down organization is abandoned in favor of a new type of hierarchy, based on specialized skills, which implies a need for aggregation and management empowerment. From here, the idea of the author to offer a study of the new executive figure responsibilities and of the legal instrument of delegation, of the powers and functions attribution, both in terms of safety and hygiene at work, both in regarding protection of personal data, to conclude focusing on the recent case law and doctrine on the subject of the manager's disciplinary dismissal.

Bibliografia

Cerreta, *La responsabilità del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1990, n. 1, p. 322 ss.

Del Punta, *Il valzer delle tutele: ancora su art. 7 st. lav., recesso ad nutum e licenziamento del dirigente,* in *Mass. giur. lav.*, 2003, XI, p. 681 ss.

Grandi, Pera, *Commento all'art. 2095 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, p. 423.

Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2003, III, p. 366.

Pera, *Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente*?, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1760 ss.

Scognamiglio R., *Licenziamento per giusta causa e garanzie procedimentali ai sensi dell'art. 7 legge n. 300/1970*, in *Mass. giur. lav.*, 1989, II, p. 641, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, II, p. 1357 ss.

Suppiej G., *La Corte costituzionale legifera sui licenziamenti disciplinari?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, n. 2, p. 214 ss.

Il contratto di rete dopo il c.d. “Decreto Sviluppo”

Mattia Esposito
Professore a contratto di Diritto privato nell’Università Ca’ Foscari Venezia
Avvocato nel Foro di Venezia

1. Introduzione: le aggregazioni tra imprese

Il fenomeno delle aggregazioni tra imprese oggi è un tema di grandissima attualità nella dottrina giuridica ed economica italiana, portato alla ribalta dal d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, «Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi», c.d. «Decreto incentivi», convertito con modifiche dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, che all’art. 3, co. 4-*ter*, rubricato «Distretti produttivi e reti di imprese», introduceva per la prima volta nell’ordinamento giuridico italiano l’istituto del contratto di rete tra imprese.

In realtà il fenomeno delle aggregazioni tra imprese è presente nell’ordinamento giuridico e nel dibattito scientifico italiano da oltre trent’anni.

Per aggregazioni tra imprese si intende una realtà produttiva costituita da una molteplicità di imprese, tipicamente di piccole e medie dimensioni, tra le quali intercorrono particolari rapporti di collaborazione ed interdipendenza, diversi ed ulteriori rispetto al mero scambio di una risorsa contro un prezzo e rispetto alle comuni relazioni competitive di mercato.

Sinteticamente, ci si riferisce alle aggregazioni tra imprese quando una pluralità di imprese viene a costituire una realtà economico-produt-

tiva in qualche modo unitaria. Dal punto di vista interno dell'aggregazione, le singole imprese, pur mantenendo ciascuna la propria autonomia e la propria indipendenza giuridica ed economica, perseguono, oltre al singolo interesse individuale, un interesse comune e, a tal fine, strutturano i loro rapporti in modo tale che ciascuna di esse condiziona ed è condizionata dalle altre. Dal punto di vista esterno, l'aggregazione può arrivare ad essere percepita, in particolare dai clienti e dai fornitori, quasi come un'entità unitaria che assorbe le singole imprese che la costituiscono (un esempio su tutti: la rete di *franchising*).

Nelle scienze economiche, le aggregazioni di imprese vengono indicate come modelli di organizzazione aziendale intermedi tra la gerarchia ed il mercato, ossia «quell'insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga dunque un'esigenza di coordinamento»(1).

Il primo approccio del Legislatore italiano al fenomeno delle aggregazioni tra imprese è stato quello del c.d. «distretto produttivo».

A partire dalla l. 5 ottobre 1991, n. 317 «Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole e medie imprese», il Legislatore inizia ad occuparsi dei distretti industriali intesi quali «aree territoriali locali caratterizzate da elevata concentrazione di piccole imprese, con particolare riferimento al rapporto tra la presenza delle imprese e la popolazione residente nonché alla specializzazione produttiva dell'insieme delle imprese»(2). Il distretto industriale, sostanzialmente, è una concetto geografico, ossia una circoscrizione territoriale caratterizzata da una concentrazione di imprese manifatturiere specializzate in uno specifico settore ed aventi un'importante peso occupazionale nel territorio in cui sono stanziate.

Nel corso degli anni la definizione e l'individuazione dei distretti operate dal Legislatore variano molto.

Dapprima, la l. 11 maggio 1999, n. 140 «Norme in materia di attività produttiva», all'art. 6, co. 8, novella la l. n. 317/1991 e modifica la nozione di distretto industriale, che da area geografica diventa «sistema produttivo», ossia un raggruppamento di imprese caratterizzato da «una peculiare organizzazione interna». Ciò che rileva non è più la mera adiacenza fisica delle imprese, ma la particolare struttura di relazioni esistenti tra loro.

(1) P. Iamiceli, in *Reti d'imprese tra regolazione e norme sociali – Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2004, p. 128.

(2) Sui distretti industriali si veda F. Cafaggi, in *Reti d'imprese tra regolazione e norme sociali – Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura del medesimo, *cit.*, p. 44 ss.

Successivamente, con la legge 23 dicembre 2005, n. 266, c.d. «Finanziaria 2006» (commi da 366 a 372), dal distretto industriale si passa al distretto produttivo, comprendente, quindi, non solo le imprese manifatturiere, ma anche quelle «dei servizi, turistiche ed agricole e della pesca». I distretti vengono ora definiti «quali libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale»: ancora maggiore è, quindi, il rilievo posto sui particolari rapporti interni tra le imprese che costituiscono il distretto, tanto che per alcuni aspetti il distretto sembra configurarsi quasi come un'entità unitaria.

Infatti, tale normativa dispone una serie di misure a favore dei distretti, in materia amministrativa, fiscale e finanziaria, che paiono quasi postulare una soggettività unitaria del distretto. Ad esempio,è previsto che le imprese intrattengano i rapporti con la Pubblica Amministrazione per il tramite del distretto; è prevista la c.d. «tassazione unitaria di distretto»; è prevista la c.d. «cartolarizzazione» delle obbligazioni distrettuali.

Fino a questo momento il distretto viene, comunque, preso in considerazione dal Legislatore solo ed esclusivamente dal punto di vista pubblicistico-amministrativo.

Tutte le fonti sopra brevemente richiamate definiscono ed individuano i distretti al solo scopo di porre in essere degli interventi pubblici a sostegno del sistema industriale: il distretto, sostanzialmente, è il destinatario di finanziamenti pubblici o di agevolazioni fiscali e amministrative volti a promuovere lo sviluppo economico locale.

Il Legislatore non si occupa dell'aspetto privatistico del fenomeno delle aggregazioni di imprese: il distretto non è preso in considerazione per disciplinare i rapporti privatistici intercorrenti tra le imprese che lo compongono, i quali rimangono soggetti alla disciplina del diritto privato comune.

Nel 2008, con il disegno di legge c.d. Bersani sulle liberalizzazioni, per la prima volta si registra un mutamento nell'approccio legislativo sopra descritto. Dal punto di vista dell'oggetto, tale proposta di legge abbandona la nozione di distretto per occuparsi ora delle reti d'imprese; mentre dal punto di vista degli scopi legislativi, non ci si propone più di disporre interventi a sostegno del sistema industriale, ma si persegue lo scopo di «definire le forme di coordinamento stabile di natura contrattuale tra imprese aventi distinti centri di imputazione soggettiva, idonee a costituire ... una rete di imprese».

Il Legislatore, per la prima volta dopo più di quindici anni, intendeva quindi occuparsi dell'aspetto privatistico delle aggregazioni d'imprese. Tuttavia tale disegno di legge non ha avuto esito alcuno, sicché il proposito è rimasto inattuato.

Per questo motivo è stata accolta con tanto entusiasmo e tanto cla-

more la successiva introduzione del contratto di rete tra imprese, che finalmente si propone di disciplinare gli aspetti privatistici delle aggregazioni tra imprese.

2. Il contratto di rete: work in progress

La disciplina del contratto di rete sembra essere un procedimento *in fieri* originato dal confronto tra il Legislatore e la comunità scientifica: ad un intervento del primo segue una vivace e costruttiva critica della seconda, al quale il Legislatore risponde con un nuovo intervento di aggiustamento e correzione delle norme precedentemente promulgate, e così via[3].

Il contratto di rete è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, di conversione con modifiche del decreto l. 10 febbraio 2009, n. 5, «Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi», c.d. «Decreto incentivi».

In sede di conversione, l'art. 3 del d.l. n. 5/2009, rubricato «Distretti produttivi e reti di imprese», è stato arricchito del comma 4-*ter*, prima inesistente, contenente la versione primigenia dell'istituto in esame.

La norma attualmente in vigore è l'ultima di diverse versioni che si sono rapidamente succedute nel tempo. Infatti, non appena concepita, la prima disciplina del contratto di rete ha subito suscitato un vivace dibattitto in dottrina ed un vivo interesse tra gli operatori. Nonostante sia stata salutata con un certo entusiasmo come intervento da lungi atteso ed al contempo all'avanguardia, da ogni parte se ne sono rilevate le lacune e l'incompletezza[4].

(3) Subito la dottrina più attenta aveva colto la tendenza del legislatore a correggere la disciplina del contratto di rete in funzione dei riscontri della comunità scientifica e degli operatori giuridici. Si veda il sintomatico titolo di F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete: "learning by doing"?*, in *Contratti*, 2010, p. 1152.

(4) G. Mosco, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 839: «...il quadro normativo si compone di pochi tratti, risultando tanto incompleto da lasciare molti dei problemi della rete del tutto irrisolti. Inoltre, l'utilizzazione di una tecnica legislativa più che approssimativa dà spazio a rilevanti problemi interpretativi e sistematici»; F. Cafaggi *Il contratto di rete – Commentario*, a cura del medesimo, Bologna, 2009, p. 23: «Si tratta di una disciplina scarna la cui interpretazione non è semplice, soprattutto se misurata sulle ampie esigenze prima disegnate. Un articolato fortemente incompleto che lascia all'autonomia privata, individuale e collettiva, ed ai tipi contrattuali esistenti il compito di colmare le lacune»; F. Macario, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Contratti*, 2009, p. 956, dichiara di ricavarne «...la sensazione di un atteggiamento semplificante e persino riduzionistico da parte del legislatore che, in fin dei conti, non sembra in alcun modo interessato a farsi carico dei numerosi e non semplici problemi giuridici della rete in ordine ai rapporti intersoggettivi ... ma che rischia anche di scoraggiare le indagini

Il Legislatore, quindi, era indotto ad apportare delle modifiche e delle integrazioni alle norme *de quibus*, dapprima con la l. 23 luglio 2009 n. 99 (art. 1), e poi con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 (art. 42, co. 2-bis).

Tale intervento, lungi dal dipanare i dubbi e dal quietare il dibattito scientifico sorti intorno all'istituto, li riaccendeva e li intensificava. La maggior parte delle osservazioni e delle critiche mosse alla nuova versione disciplina, ad avviso di chi scrive, trovavano esaustivo e sintetico compendio nelle «Linee guida per i contratti di rete» pubblicate da Confindustria – Retimpresa e dal Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie nel mese di marzo 2012[5].

Successivamente, il d.l. 22 giugno 2012 n. 83 contenente «Misure urgenti per la crescita del Paese», c.d. «Decreto sviluppo», apportava un ulteriore modesto intervento in merito alla forma del contratto di rete (art. 45), il quale, però, in sede di conversione apriva la strada per un profondo e sostanziale rimaneggiamento dell'istituto, attuato con la recentissima legge di conversione con modificazioni 7 agosto 2012, n. 134.

Tale legge, nel riformare le norme in parola, sembra quasi rispondere punto per punto alle indicazioni contenute nelle citate «Linee guida per i contratti di rete», apportando le seguenti sostanziali novità:

- una modifica della disciplina della forma e della pubblicità del contratto di rete;
- nuove indicazioni sui soggetti legittimati ad essere parte della rete;
- una nuova configurazione delle reti dotate di fondo patrimoniale comune;
- una modifica nella disciplina dell'organo comune;
- nuovi incentivi per la conclusione di contratti di rete.

3. Le parti

Come indicato già dal *nomen* dell'istituto, le parti del contratto di rete sono necessariamente imprese. Il comma *4-ter del d.l. n. 5/2009 (d'ora in avanti indicato anche solo come "comma 4-ter"), infatti, si apre statuendo: «*Con il contratto di rete *più imprenditori* perseguono lo scopo di … e a tal fine si obbligano*…» (il corsivo è aggiunto).*

ricostruttive, attualmente in cerca delle coordinate giuridiche più appropriate per trattare correttamente le questioni insorte o insorgende con riferimento alle reti».

(5) Il testo delle «Linee guida per i contratti di rete» alla data odierna del 20 agosto 2012 è disponibile al seguente indirizzo web: `http://www.retimpresa.it/phocadownload/DOCUMENTI/linee%20guida%20per%20i%20contratti%20di%20rete.pdf`

Originariamente, prima della modifica apportata dal d.l. n. 78/2010, il testo dell'alinea in esame era leggermente diverso: anziché «più imprenditori», si indicavano come parti del contratto «due o più imprese». Tuttavia tale modifica, di pura forma, pare non aver minimamente intaccato il contenuto sostanziale della disposizione.

Infatti, per quanto riguarda la qualifica delle parti, prima si parlava di "imprese" ed ora si parla di "imprenditori", ma la sostanza non pare cambiare: il riferimento è comunque alla figura individuata dall'art. 2082 c.c..

*F*orse si è preferito parlare di imprenditori piuttosto che di imprese per eliminare ogni possibile dubbio sulla legittimazione anche dell'imprenditore individuale, oltre a quello organizzato in forma societaria, ad essere parte del contratto di rete. Tale dubbio, nella precedente versione della norma, era alimentato dal fatto che l'obbligo assunto dalle parti era quello di «*esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali»: come prontamente rilevato dai primi commenti alla norma*[6]*, il riferimento all'oggetto sociale poteva indurre a ritenere che l'istituto fosse applicabile solo alle società.*

Corrispondentemente, la norma è stata modificata anche su tale punto, che oggi non parla più di oggetto sociale ma di «oggetto della propria impresa».

Per quanto riguarda, invece, il numero delle parti, prima si richiedeva che fossero «due o più» e ora si richiede che siano «più» imprese.

Anche tale modifica risulta assolutamente irrilevante e, in particolare, non permette di predicare che ora il contratto di rete sia necessariamente plurilaterale. Non v'è, infatti, nulla che impedisca che il contratto di rete sia ancora stipulato da due sole imprese, in quanto «più imprese» significa «più di una impresa», quindi anche solo due. La modifica, forse, sottende la considerazione che il concetto di rete consiste in una molteplicità di nodi sicuramente superiore a due: ciò sia per come è inteso nel parlare comune, sia per com'è inteso nelle scienze matematiche (geometricamente due soli punti individuano una linea, non una rete), sia per com'è inteso nelle scienze economiche e giuridiche.

Tuttavia, dato il tenore letterale della disposizione, non si può che concludere che il contratto di rete può essere stipulato da due o più imprese, il ché corrisponde esattamente a quello che era il tenore della norma prima della citata modifica legislativa.

Chiarito ciò, gli ulteriori quesiti che si pongono sono, rispettivamente, se qualsiasi tipo di impresa possa essere parte del contratto di rete e se,

(6) M. R. Maugeri, *Reti di impresa e contratto di rete*, in *Contratti*, 2009, p. 960: «...la necessaria connessione fra attività economiche da esercitare ed oggetti sociali delle imprese partecipanti potrebbe far sorgere il dubbio che il contratto di rete possa essere stipulato solo fra società».

oltre alle almeno due imprese che devono necessariamente esserne parte, possano partecipare anche altri soggetti che invece imprese non siano.

La recente novella dell'agosto 2012 presenta interessanti spunti in proposito.

In primo luogo, la riforma contiene una previsione che consente di dedurre la legittimazione delle imprese agricole ad essere parte del contratto di rete. Infatti, il terzo comma dell'art. 45 del d.l. n. 83/2012, convertito con modifiche dalla l. n. 134/2012, statuisce che al contratto di rete non si applicano le disposizioni della l. 3 maggio 1982, n. 203 «Disposizioni sui contratti agrari». La norma è palesemente volta a liberare le imprese agricole dai vincoli della specifica disciplina dei loro contratti per agevolarne la partecipazione alle reti. Si deve, tuttavia, riconoscere che la possibilità per le imprese agricole di stipulare contratti di rete non è mai stata messa in dubbio.

Infatti, nella completa assenza di specificazioni o limitazioni legislative, pacificamente si ritiene che qualunque tipo di impresa (individuale o societaria – grande, media o piccola – artigiana o agricola) possa essere parte di un contratto di rete, purché sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 c.c. e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese (per poter procedere alla dovuta iscrizione del relativo contratto).

La questione che, invece, si presenta ancora problematica è quella della partecipazione di soggetti diversi dalle imprese al contratto di rete e, in particolare, dei professionisti.

Il tenore letterale della norma pare non lasciare spazio a dubbi e porta a ritenere che «Il requisito soggettivo dell'essere impresa è elemento essenziale: deve ritenersi pertanto nulla la partecipazione del soggetto privo di tale requisito»(7).

Tuttavia, non si può non rilevare che la limitazione ai soli imprenditori potrebbe costituire un grosso e serio limite del contratto di rete.

Infatti, il fenomeno delle aggregazioni di imprese è tipicamente caratterizzato dal coinvolgimento nel sistema anche di soggetti diversi dalle imprese, ad esempio università, istituti di formazione e ricerca, camere di commercio, enti locali, associazioni di categoria, finanziatori...

Il coinvolgimento di soggetti diversi dalle imprese, in particolare università ed enti di ricerca, è ovviamente tanto più rilevante laddove l'aggregazione tra imprese sia volta all'accrescimento della capacità innovativa e della competitività, proprio come pretende di essere l'istituto della in esame, che indica espressamente in tale accrescimento lo scopo del contratto stesso.

(7) F. Cafaggi, *op. ult. cit.*, p. 34.

In proposito, certa dottrina[8] ha molto acutamente sostenuto che la nozione di imprenditore potrebbe, anzi in una visione europea dovrebbe, essere interpretata in modo estensivo fino a farla coincidere con la nozione di professionista, ossia qualunque soggetto che agisca nell'ambito della propria attività professionale. In questo modo potrebbero essere coinvolti nella rete, ad esempio, i liberi professionisti.

Su questo punto la riforma non è intervenuta direttamente, però proprio la questione dell'estensione del contratto di rete ai professionisti è stata espressamente affrontata nelle sedute parlamentari che hanno portato all'intervento normativo che qui si commenta.

Nei lavori parlamentari preparatori si legge che «…la cooperazione tra il mondo dell'impresa e i professionisti è un dato significativo della realtà economica italiana che va rafforzata e sviluppata, anche attraverso un potenziamento del contratto di rete; … al pari delle imprese, anche gli studi professionali vivono oggi l'esigenza di ricorrere a strumenti collaborativi utili per innovare ed accrescere in competitività e non si capisce perché debbano essere ancora una volta esclusi da istituiti che incentivano e supportano la crescita»[9].

Il suggerimento, tuttavia, non è stato accolto sicché, ad oggi, si deve ritenere che i liberi professionisti non siano legittimati ad essere parte di un contratto di rete, ferma restando la necessità, rilevata nei citati lavori parlamentari, di un impegno del Governo «…ad estendere l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 45 anche ai soggetti esercenti attività libero-professionali, prevedendo che, in caso di partecipazione di liberi professionisti al contratto, ai fini dell'onere di iscrizione, si procede all'iscrizione presso i relativi Ordini professionali».

4. La causa

Le norme in esame contengono alcune previsioni che, seppure con qualche incertezza, possono essere ricondotte all'elemento causale del contratto di rete.

Il primo paragrafo del comma 4-*ter* stabilisce che i soggetti stipulanti «perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente,

(8) Si veda A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 617.

(9) Resoconto sommario dei lavori delle Commissioni 8° e 10° riunite del Senato del giorno 30 luglio 2012. Il testo alla data odierna del 16 agosto 2012 è reperibile nel sito web del senato al seguente indirizzo: http://www.senato.intranet/loc/link.asp?tipodoc=SDDLITER&tipo=assemblea&leg=16&id=38692

la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato» e la successiva lettera *b)* prescrive che il contratto debba contenere «l’indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l’avanzamento verso tali obiettivi».

La causa del contratto di rete sembrerebbe essere, quindi, l’accrescimento della capacità innovativa e della competitività delle imprese che ne sono parte ed il contratto stesso deve prevedere gli strumenti per verificare e misurare il raggiungimento di tale accrescimento.

Come si vede, si tratta di concetti economici piuttosto che giuridici, peraltro piuttosto vaghi ed indeterminati, e conseguentemente, il loro appartenere al mondo extragiuridico potrebbe indurre ad accostarli motivo soggettivo delle parti piuttosto che alla causa del contratto. Inoltre, già i commenti alle precedenti versioni della norma avevano rilevato la difficoltà dell’accertamento di una causa così configurata, difficoltà «…accresciuta dall’estrema vaghezza, sul piano del linguaggio tecnico – giuridico, e forse non solo di quello, delle formule «capacità innovativa» e «competitività sul mercato», non essendovi ovviamente un criterio obbiettivo immediatamente misuratore di tali entità»(10). Si è infatti osservato che «Nella nostra recente legislazione il “termine competitività” è sempre più ricorrente, ma non ha veste giuridica: è ancora confinato nel mondo economico»(11).

Tuttavia, nonostante le legittime perplessità, pare non potersi rinunciare ad individuare in tale elemento la causa del contratto di rete. Ciò perché, come si vedrà nel prosieguo, solo una causa così individuata risulta essere l’unico elemento distintivo del contratto di rete, atteso che il suo oggetto non permette affatto di distinguere tale contratto da qualsiasi altro contratto, tanto di scambio quanto di comunione di scopo, stipulato tra imprese.

In proposito è stato, infatti, affermato che «…ciò che contraddistingue il contratto di rete è proprio la qualificazione della sua causa che non è la mera condivisione di uno scopo comune, il perseguire insieme una o più attività imprenditoriale, ma è l’accrescimento dell’innovazione tecnologica e della competitività delle imprese»(12).

(10) C. Scognamiglio, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contratti*, 2009, p. 963.

(11) P. Zanelli, *Reti d’impresa: dall’economia al diritto, dall’istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 966.

(12) P. Zanelli, *op. cit.*, p. 970.

5. *(segue) La struttura e l'oggetto*

Dopo la riforma dell'anno 2010, il comma 4-*ter* prevede che le parti del contratto di rete «si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa».

L'oggetto del contratto di rete presenta, quindi, tre possibili alternative:

1) la collaborazione tra le parti in ambiti attinenti l'esercizio delle proprie imprese;
2) lo scambio tra le parti di informazioni o di prestazioni praticamente di qualsiasi natura (industriale, commerciale, tecnica e tecnologica);
3) l'esercizio in comune tra le parti di una o più attività rientranti nell'oggetto delle rispettive imprese.

La formulazione estremamente generica ed ampia delle tre figure le rende, di fatto, difficilmente distinguibili.

Infatti, atteso che non esiste una definizione giuridica di "collaborare", tale espressione deve essere interpretata nel significato che essa assume nel linguaggio comune, ossia quello di lavorare insieme in modo non occasionale per il perseguimento di un obiettivo comune. Qualunque attività posta in essere da due o più imprese che sia volta al perseguimento di uno scopo comune, anziché alla competizione per prevalere l'una sull'altra, può rientrare nel concetto di collaborazione. In proposito è stato osservato che «È difficile immaginare un tipo di programma che sfugga davvero alla fattispecie legale. La formula della collaborazione in ambiti e modi predeterminati attinenti all'esercizio delle imprese è così generica che può sostanzialmente rientrarvi qualsiasi cosa sia strumentale o consequenziale all'attività delle imprese della rete»(13).

La collaborazione, quindi, può avvenire sia attraverso un'attività di scambio che mediante un'attività esercitata in comune. Ecco che, pertanto, la prima alternativa di oggetto sociale (la collaborazione) viene praticamente ad assorbire le altre due (lo scambio e l'esercizio in comune di attività), le quali, a loro volta, sono formulate in maniera talmente ampia e generica da poter comprendere al loro interno, rispettivamente, qualsiasi rapporto di scambio e qualsiasi rapporto di comunione di scopo.

Tale considerazione pare trovare riscontro nella prassi.

Infatti, la dottrina più attenta ai fenomeni reticolari, all'esito di un esa-

(13) A. Gentili, *op. cit.*, p. 623.

me empirico dei primi contratti di rete stipulati nella prassi, riconosce che «Lo scambio di informazioni risulta spesso inquadrato nell'ambito di attività di collaborazione o di esercizio in comune di attività ... Lo scambio di prestazioni è più sotteso al testo contrattuale che esplicitamente menzionato ... La collaborazione sembra essere un ingrediente costante del programma di rete»[14].

A bene vedere, lo scambio può avere ad oggetto sia informazioni sia prestazioni: considerata la genericità e l'indeterminatezza dei concetti di informazione e di prestazione, è difficile immaginare qualcosa che le imprese non possano scambiarsi con il contratto di rete.

Allo stesso modo, il Legislatore non stabilisce cosa debba intendersi per «esercizio in comune di un'attività», sicché anche su questo punto ampio spazio e libertà è data all'autonomia negoziale delle parti. In dottrina[15] si è fermato che tale nozione potrebbe spaziare dal mero coordinamento delle rispettive attività all'affidamento totale alla rete dell'intero processo produttivo di ciascuna impresa.

Si è altresì suggerito che la distinzione tra le tre tipologie di oggetto dovrebbe essere individuata nella diversa rilevanza degli interessi collettivi ed individuali attribuita dalle parti: «Tale tripartizione può essere letta sul piano causale facendo riferimento a diversi equilibri tra interesse collettivo ed interessi individuali. Prevalenti quest'ultimi nel contratto plurilaterale di scambio, soccombenti o comunque in posizione subordinata nei contratti di collaborazione ed ancora più in quelli che prevedono l'esercizio in comune dell'attività»[16].

Ad ogni modo, a parere di chi scrive, resterebbero testualmente escluse dalla possibilità di essere oggetto del contratto di rete solo le attività che non siano né di scambio né esercitate in comune, quindi il contratto non potrebbe prevedere che l'attività della rete sia esercitata esclusivamente da un'impresa e senza che questa riceva in cambio alcunché dalle altre parti in termini di prestazioni, di beni o di informazioni volti al perseguimento dello scopo comune. Il ché, a ben guardare, equivale a dire che il contratto di rete non può prevedere come oggetto un'attività che non sia di collaborazione.

L'ulteriore limitazione all'oggetto del contratto di rete individuabile nel disposto normativo, è che le informazioni e le prestazioni scambiate devono avere natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica.

(14) F. Cafaggi, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2010, p. 509.

(15) G. Mosco, *op. cit.*, p. 839.

(16) F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete: "learning by doing"?*, *cit.*, p. 1146.

Anche qui è difficile immaginare qualcosa che resti effettivamente escluso.

Infatti, da quanto sopra, risulta chiaramente che l'oggetto del contratto di rete è semplicemente la collaborazione interimprenditoriale, intesa nel senso più ampio del termine, sia che consista in un attività di scambio sia che consista in un attività esercitata in comune.

Il contratto di rete pare, quindi, candidarsi al ruolo di strumento idoneo ad adattarsi a tutta quella varietà di rapporti non competitivi tra imprese che nelle dottrina economica vengono indicati come un *continuum* di modelli organizzativi ibridi tra i due estremi della gerarchia e del mercato (*supra*, par. 1).

Per questo motivo, come si accennava sopra, l'oggetto non è l'elemento che consente di distinguere il contratto di rete da tutte le altre figure di contratti stipulati tra imprese. L'oggetto concreto dei contratti di rete che saranno stipulati potrà, di volta in volta, coincidere con uno o più oggetti combinati di altri contratti tipici (ad esempio il contratto d'opera, l'affitto, il comodato, l'appalto, la società, il consorzio, il deposito…). Ciò che lo distinguerà da questi sarà la causa: si avrà rete solo se quell'oggetto sia volto a perseguire lo « scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato ».

Ecco perché lo scopo comune di accrescere la capacità innovativa e la competitività, che potrebbe a prima vista sembrare vicino al motivo soggettivo, viene invece espressamente previsto dal Legislatore ed assurto al rango di causa del contratto: « …l'idoneità del programma a incrementare la competitività e consentire l'innovazione hanno rilevanza causale. Effettivamente, questo scopo non resta confinato ai motivi, e come motivo determinante e comune entra nella causa del contratto »(17). Siffatta causa è ciò che consente di attribuire al rapporto la qualifica di contratto di rete piuttosto che quella di un qualsiasi altro contratto, tipico o atipico(18).

Si badi bene che tale qualifica non è un'esigenza meramente scientifica o sistematica: è un esigenza estremamente pratica e concreta. Infatti, da tale qualificazione dipende la concessione delle importanti agevolazioni di cui si accennerà *infra* (par. 9). Le imprese dell'aggregazione possono ottenere i benefici amministrativi e fiscali previsti solo se il contratto tra loro stipulato possa essere qualificato come contratto di rete e l'unica via per qualificarlo come tale è verificare che la sua causa

(17) A. Gentili, *op. cit.*, p. 620.

(18) F. Guerrera, *Brevi Considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 348.

sia l'accrescimento della capacità innovativa e della competitività delle imprese.

Tornando all'oggetto del contratto di rete, dopo aver indicato la triplice configurazione che questo può assumere, la legge richiede che il testo contrattuale indichi espressamente un programma di rete, il quale contenga «l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante» e «le modalità di realizzazione dello scopo comune» (co. 4-*ter*, lett. *c)*).

Emerge quindi che il contratto di rete ha una struttura bifasica.

Come è stato fatto notare, *«la formula echeggia quella in materia di contratto di società»*(19): sostanzialmente il contratto stabilisce lo scopo e le modalità di funzionamento della rete e, successivamente, nell'ambito di tale cornice, sarà svolta l'attività, materiale o giuridica, della rete.

La prima fase, statica e programmatica, consiste nella dichiarazione degli obiettivi della rete nonché dei diritti e degli obblighi che le parti assumono per perseguire tali obiettivi.

La seconda fase, dinamica ed esecutiva, consiste nello svolgimento concreto del programma di rete, ossia nell'individuazione e nell'attuazione delle operazioni specifiche attraverso le quali si intende realizzare lo scopo comune. Non si tratta della mera esecuzione di prestazioni già previste nel contratto, ma della concreta specificazione di quanto ivi previsto solo in via programmatica.

Si noti che, similmente a quanto avviene nei consorzi e a differenza di quanto avviene nelle società, tra gli obblighi che possono assumere le parti può esservi quello di eseguire eventuali successivi conferimenti, ulteriori rispetto quelli iniziali, per sopperire alle esigenze di funzionamento e di mantenimento della rete(20).

Il Legislatore rimette completamente all'autonomia negoziale delle parti la determinazione delle modalità di svolgimento dell'attività della rete, limitandosi a fornire due strumenti facoltativi che esse possono, ma non necessariamente devono, utilizzare: l'organo comune e il fondo patrimoniale comune, di cui si dirà in seguito.

(19) F. Cafaggi, *Il contratto di rete – Commentario, cit.*, p. 34.

(20) In questo senso anche le «Linee guida per i contratti di imprese» pubblicate da Confindustria – Retimpresa e Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie nel mese di marzo 2012.

6. La forma, la pubblicità ed il contenuto

Quello della forma e della pubblicità del contratto di rete, è il profilo (inizialmente l'unico) su cui interveniva il d.l. n. 83/2012, nella sua formulazione originaria prima della conversione con modifiche operata dalla l. n. 134/2012.

Il comma 4-*quater* prevede (e prevedeva anche prima della riforma) che «Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante».

La parte finale del primo paragrafo del comma 4-*ter*, questa sì modificata dalla riforma, ora prevede che «Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-*quater*, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli articoli 24 o 25 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, da ciascun imprenditore o legale rappresentante delle imprese aderenti»

La novità sta nell'introduzione, accanto all'atto pubblico ed alla scrittura privata autenticata (già previste nella formulazione originaria della norma), della forma digitale, ossia del documento informatico munito della c.d. "firma digitale". La riforma introduce questa importante novità all'evidente scopo di incentivare, rendendo meno costosa, la conclusione dei contatti di rete (non essendo più necessaria la forma notarile), ma per la disciplina del documento informatico si limita a rinviare alla relativa disciplina del c.d. "Codice dell'amministrazione digitale".

Inoltre, sempre all'evidente fine di promuovere la diffusione delle reti, la riforma ha previsto che la registrazione presso i competenti uffici del registro delle imprese avvenga attraverso un modello ministeriale *standard*, facilitando ed accelerando, così, il relativo procedimento burocratico. Infatti è previsto che il contratto di rete sia «trasmesso ai competenti uffici del registro delle imprese attraverso il modello *standard* tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico».

Al medesimo scopo di alleggerimento burocratico, nel comma 4-*quater* del d.l. n. 5/2009 è stato introdotto un nuovo procedimento di registrazione per le modifiche successive apportate al contratto originario: «Le modifiche al contratto di rete, sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui è iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d'ufficio della modifica».

Ora le variazioni al contratto, anziché essere iscritte da ciascuna imprese aderente presso il proprio registro delle imprese, saranno registrate ad opera di una sola delle imprese aderenti e solo presso il proprio ufficio del registro delle imprese, il quale provvederà a comunicare la variazione agli altri uffici interessati per la relativa annotazione nei rispettivi registri.

Al riguardo, è opportuno segnalare che la Circolare n. 3649/C del 18 gennaio 2012, Prot. n. 0009890, del Ministero per lo Sviluppo Economico, nel frattempo, aveva introdotto la figura della “impresa di riferimento”, cui fa riferimento il novellato comma 4-*quater*.

Si tratta, sostanzialmente, di una delle imprese aderenti che viene incaricata di curare la pubblicità della rete: «Al fine di evitare duplicazioni di adempimenti in capo a tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, si richiede di identificare un’unica “impresa di riferimento” per ogni contratto per semplificare la predisposizione e presentazione delle pratiche al Registro Imprese. L’“impresa di riferimento” non deve necessariamente coincidere con l’eventuale impresa mandataria o capogruppo: è esclusivamente una identificazione al fine della presentazione dei dati da iscrivere. La qualifica di impresa di riferimento, adottata anche allo scopo di evitare duplicazioni di informazioni, può essere riattribuita senza alcun vincolo ad altro soggetto partecipante al contratto di rete, previa comunicazione all’ufficio»[21].

Per questo motivo il novellato comma 4-*quater* adesso prevede che lo stesso atto modificativo del contratto originario debba indicare anche l’impresa incaricata di provvedere alla relativa pubblicità.

Ciò detto in ordine alla pubblicità ed alla forma del contratto, in ordine al suo contenuto si rileva che la legge prescrive dettagliatamente anche gli elementi contenutistici che deve avere il testo contrattuale, individuando, così, contenuti necessari e contenuti facoltativi.

I contenuti necessari costituiscono gli elementi essenziali del contratto e sono: le generalità delle parti (tanto degli originari sottoscrittori quanto dei successivi aderenti); gli obiettivi strategici (di cui si è detto sopra); il programma di rete con l’enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante nonché le modalità di realizzazione dello scopo comune; la durata del contratto; le modalità di adesione di altri imprenditori; le regole per l’assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune.

I contenuti facoltativi riguardano invece gli elementi che le parti han-

[21] La circolare menzionata è disponibile alla data odierna del 16 agosto 2012 presso il sito web del Ministero dello Sviluppo Economico al seguente indirizzo: `http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/normativa/3649-C_istruzioni_2012.pdf`

no la facoltà di inserire nel contratto ma che possono anche non essere previsti, quindi, in primo luogo, il fondo patrimoniale e l'organo comune, con la relativa regolamentazione. Sono altresì indicati ulteriori contenuti facoltativi e precisamente: la possibilità di prevedere, e disciplinare, il diritto di recesso anticipato e la modificabilità a maggioranza del programma di rete.

Ciò che è interessante rilevare è che la scelta di imporre la forma scritta e l'elenco di contenuti non è una novità in materia di contratti tra imprese e, anzi, risulta ormai essere la tendenza legislativa in questo campo.

Infatti, analoghe previsioni si riscontrano nella disciplina delle recenti figure di contratti d'impresa introdotte nell'ordinamento, ossia il contratto di subfornitura (l. n. 192/1998) e il contratto di *franchising* (l. n. 129/2004). In proposito si è affermato che «La forma … è scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata), a contenuto prescrittivo vincolato – come solitamente si prevede per questa nuova "generazione" di contratti tra imprenditori»[22].

Tuttavia, la disciplina della forma del contratto di rete, pur essendo analoga a quella dei menzionati contratti di *franchising* e di subfornitura, sembra rispondere ad una diversa *ratio*.

La tecnica della forma scritta a contenuto prescrittivo in quei contratti risponde all'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, rispettivamente il *franchisee* ed il subfornitore. Invece, nel contratto di rete tale esigenza non risulta sussistere.

Infatti, mentre nella subfornitura e nel *franchising* il Legislatore muove dal presupposto che tipicamente una delle due parti contrattuali, per diversi motivi, sia in una posizione di debolezza nei confronti della controparte e la legge, quindi, interviene per tutelare la parte debole con una serie di norme imperative la cui violazione è sanzionata con la nullità, nella normativa in esame, al contrario, non compare alcuna previsione volta a tutelare una parte e, corrispondentemente, non si rinviene alcuna norma imperativa la cui violazione sia sanzionata con la nullità. Anzi, in dottrina si è censurato il fatto che il Legislatore del contratto di rete non abbia minimamente affrontato né preso in considerazione la problematica dell'asimmetria di posizioni contrattuali che tipicamente caratterizzano i rapporti tra imprese.

Quindi, lo scopo perseguito dal Legislatore con il contratto di rete deve essere individuato in qualcosa di diverso dalla tutela della parte debole. In vero, da una semplice lettura dell'articolato in esame, emerge

(22) C. Camardi, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 930.

chiaramente e pacificamente, senza necessità di particolari sforzi ermeneutici, quale sia tale diverso scopo.

La dottrina[23] è concorde nel riconoscere che la finalità perseguita dalla normativa in parola, lungi dall'essere una finalità di protezione, è quella di promuovere la collaborazione tra imprese al fine di accrescere la loro capacità innovativa e la loro competitività[24] (come esposto *supra* in relazione alla causa del contratto).

La *ratio* della disciplina della forma del contratto di rete deve, quindi, essere individuata in qualcosa di diverso dalla tutela della parte debole, che risulta essere finalità assente nelle disposizioni in esame.

Invero, è la stessa norma ad indicare espressamente quale sia la finalità delle forma del contratto di rete, nella parte in cui specifica che il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o per documento digitale «Ai fini degli adempimenti pubblicitari».

A ciò si deve aggiungere che (come si vedrà *infra*, par. 9) per le imprese che stipulano un contratto di rete sono previste agevolazioni fiscali ed amministrative, a condizione che il programma di rete sia asseverato dagli organismi indicati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. È inoltre previsto che l'Agenzia delle Entrate vigili sulla corrispondenza a tale programma dell'attività concretamente posta in essere dalle imprese beneficiarie delle suddette agevolazioni.

Riassumendo, ai fini pubblicistici della previsione in esame, il contratto di rete deve essere trascritto nel registro delle imprese e deve esserne

(23) Si veda, tra gli altri, M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *Contratti*, 2009, p. 935: «Con la subfornitura e il *franchising* … si è inteso dare seguito all'esigenza di tutelare uno dei due contraenti, a dispetto di quella tralatizia convinzione che l'autonomia privata non ha bisogno di controlli, quanto di esprime nel contesto interprofessionale … Niente di tutto questo – almeno stando all'attuale formulazione delle disposizioni – per il contatto di rete, il quale viene introdotto non con una finalità protettiva, ma con un obiettivo di tipo promozionale, in un quadro di politica industriale volto a favorire il rilancio dell'economia e la competitività dell'industria nazionale».

(24) Così anche E. BRIGANTI, *La nuova legge sui "contratti di rete" tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Not.*, 2010, n. 2, p. 192: «Nelle prime due figure, la subfornitura ed il *franchising* … il legislatore si ispira ad un'esigenza fondamentale, un'esigenza protettiva: tutelare uno dei due contraenti, la parte debole del rapporto. Tale scelta nasce dalla consapevolezza che nella realtà vi sono contratti di impresa "diseguali" (oggi si parla di "asimmetria" contrattuale); comunque vi sono contratti "sbilanciati", "ineguali" e qui di è necessario riequilibrare il rapporto tra i contraenti, tanto che l'interviene tecnicamente è abbastanza invasivo, perché si ricorre all'inserimento di norme imperative, di una serie di divieti e questi divieti sono sanzionati con la nullità. La recente legge sul contratto di rete non prevede, invece, niente di tutto questo e appare innovativa rispetto al passato, perché si ispira ad una finalità diversa, non protettiva, cioè ad un obiettivo dichiaratamente di "tipo promozionale"».

verificata da parte della Pubblica Amministrazione la corrispondenza al dettato normativo nonché l'effettiva e corretta esecuzione.

Così inquadrato il contesto della disciplina della forma del contratto di rete, è possibile affermare che la relativa *ratio* è prettamente pubblicistica: la forma scritta è funzionale alla trascrizione del contratto nel registro delle imprese, mentre l'indicazione espressa del contenuto è funzionale alla concessione dei benefici fiscali, prima quale presupposto per l'asseverazione del programma e poi per i controlli sulla sua effettiva e corretta attuazione.

Pertanto, si deve concludere che, nonostante l'apparente similitudine, la disciplina della forma del contratto di rete è profondamente diversa per *ratio* da quella dei contratti di *franchising* e di subfornitura.

A ben guardare, la differenza non sta solo nella *ratio* ma emerge anche nel dato positivo. La legge sul *franchising* e quella sulla subfornitura stabiliscono espressamente che la forma scritta è imposta a pena di nullità, la legge in esame invece non dice quale sia la conseguenza del difetto di forma.

Quindi, considerando che la forma del contratto di rete ha una *ratio* pubblicistica, che non persegue finalità di tutela della parte debole e che non risulta espressamente imposta a pena di nullità, si potrebbe argomentare che essa non incida sulla validità del contratto(25).

Un contratto di rete stipulato con scrittura privata (o addirittura in forma orale) sicuramente non potrà essere iscritto nel registro delle imprese e non potrà portare all'applicazione delle agevolazioni fiscali previste, ma ben potrebbe far sorgere in capo alle parti stipulanti i diritti e gli obblighi in esso previsti.

Analogo ragionamento può essere svolto in ordine alla previsione del comma 4-*quater* della legge in esame, per cui «l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari».

Che cosa intende il Legislatore per "efficacia" nella norma in esame: efficacia anche dal punto di vista privatistico (produzione di effetti giuridici tra le parti) o solo efficacia dal punto di vista pubblicistico (applicazione delle agevolazioni fiscali ed amministrative)?

Come sopra: il contratto di rete non iscritto nel registro delle imprese non potrà certo portare all'applicazione delle agevolazioni previste, ma ben potrebbe far sorgere in capo alle parti stipulanti i diritti e gli obbli-

(25) Così anche A. Di Lizia, *(Contratto di) Rete di imprese – Rassegna e clausole contrattuali*, in *Not.*, 2012, n. 3, p. 294.

ghi in esso previsti[26]. Lo stesso dicasi per un contratto di rete stipulato tra più imprenditori, alcuni di quali, pur essendo imprenditori di fatto, non risultino iscritti al registro delle imprese, con la conseguenza che, relativamente a questi, non vi sarà un registro delle imprese presso cui iscrivere il contratto: la rete potrebbe comunque venire ad esistenza ai fini civilistici[27].

7. Il fondo patrimoniale

Come anticipato sopra, il contratto di rete ora può prevedere l’istituzione di un fondo patrimoniale comune quale dotazione patrimoniale per lo svolgimento dell’attività di rete, mentre nella versione originaria della norma il fondo patrimoniale era elemento necessario dell’istituto.

Qualora il fondo patrimoniale sia previsto, il contratto deve indicare «la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo».

Per quanto riguarda la disciplina dell’elemento in esame, la norma prevede che ad esso si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c., dettati in materia di consorzi con attività esterna.

(26) F. Festi, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 540: «...pare doversi ritenere che l’efficacia condizionata dalla pubblicità sia quella all’idoneità «agevolativa», non quella privatistica. In questa ipotesi, la pubblicità non dovrebbe incidere sull’efficacia del contratto sul piano dei rapporti interprivati, ma potrebbe al limite rilevare, in casi particolari, come presunzione *iuris tantum* di conoscenza dei fatti pubblicati».

(27) In questo senso anche lo Studio n. 1/2011l del Consiglio Nazionale del Notariato: «... la forma prevista dalla legge in esame essendo classificabile come meramente “integrativa”, cioè condizionante la qualificazione come “rete d’imprese” e l’accesso ai benefici che tale qualificazione comporta. La nuova formulazione del comma 4-*quater* prevede che “l’efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l’ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari”. La lettera della norma si presta ad alimentare suggestioni inesatte: l’efficacia cui fa riferimento deve essere intesa non già come idoneità del contratto interaziendale stipulato a produrre effetti fra le parti (ex art. 1372 c.c.), ma come rilevanza del medesimo quale (atto costitutivo di una) rete di imprese a tutti gli effetti normativamente ricollegati a tale qualificazione. La ragione della scelta normativa sembra ravvisabile nella volontà di evitare che i partecipanti possano sfruttare in maniera impropria i vantaggi, anche fiscali, che la legge connette alla partecipazione alla rete, ed è funzionale all’obiettivo di incentivare, fra l’altro, l’istituzionalizzazione delle forme di collaborazione e di coordinamento fra imprese fino ad ora vissute nella prassi».

Il testo, alla data odierna del 16 agosto 2012, è disponibile presso il sito web del Consiglio Nazionale del Notariato al seguente indirizzo: `http://www.notariato.it/en/highlights/news/archive/pdf-news/1-11-i.pdf`

Il Legislatore ha distinto il profilo interno del fondo patrimoniale da quello esterno, rimettendo sostanzialmente all'autonomia negoziale privata la disciplina del primo e dettando invece una disciplina eteronoma per il secondo.

Dal punto di vista interno, infatti, sono le parti a determinare convenzionalmente, nel modo che riterranno più opportuno, in che cosa consisteranno i conferimenti (denaro, beni immobili, beni mobili, diritti di proprietà industriale, know how...), quale valore attribuire agli stessi e come regolarne l'utilizzo e l'amministrazione. Si precisa che i beni potranno essere conferiti in proprietà (o altro diritto reale) oppure in utilizzo. Gli effetti del conferimento variano a seconda della concezione di rete adottata (si veda *infra*, par. 11): se si opta per la rete-organizzazione, allora il diritto reale sui beni conferiti (in caso di conferimento reale) oppure il diritto relativo di godimento (in caso di conferimento in utilizzo) saranno in capo alla rete stessa; se invece si opta per la rete-contratto, sui beni conferiti si creerà un comunione di diritti (reali o relativi, a seconda del conferimento) in capo a tutti gli aderenti alla rete.

Dal punto di vista esterno, invece, viene richiamata la disciplina dettata per i consorzi con attività esterna, in particolare nella parte in cui sancisce l'autonomia patrimoniale dell'ente. Gli articoli richiamati stabiliscono, infatti, che i partecipanti non possono dividere il patrimonio comune finché dura l'ente, che i creditori dei partecipanti non possono aggredire il patrimonio dell'ente (art. 2614 c.c.) e che per le obbligazioni assunte per conto dell'ente risponde esclusivamente il patrimonio dell'ente stesso, mentre per le obbligazioni assunte per conto dei singoli partecipanti rispondono solidalmente il patrimonio dell'ente e quello del partecipante interessato (art. 2615 c.c.).

La legge prevede, senza alcuna precisazione né alcun chiarimento, che i citati articoli 2614 e 2615 c.c. applichino solo «in quanto compatibili» e, in vero, ci si è subito chiesti quale sia la portata effettiva di tale limitazione. Autorevole dottrina risponde a tale domanda affermando che la disciplina del consorzio sarebbe non applicabile proprio quando le parti abbiano voluto costituire, anziché un'organizzazione, una rete tendente al rapporto di scambio. In questa interpretazione, infatti, il contratto di rete si presterebbe anche a costituire e regolare meri rapporti di collaborazione che, per quanto intensi e complessi, non arrivano a creare un nuovo soggetto giuridico altro rispetto alle parti tra cui intercorrono: «...in questa prospettiva il regime di autonomia patrimoniale prefigurato dagli artt. 2614 e 2615 c.c. risulta «incompatibile» con la natura della rete tutte le volte in cui dia vita ad una forma di collaborazione che non generi una nuova organizzazione imprenditoriale dotata di una sua autonomia funzionale ed operativa, legata alla presenza di

una organizzazione complessa per lo più di tipo corporativo...»[28]. Una questione che si pone in relazione a tali disposizioni riguarda l'opponibilità ai terzi creditori dei singoli partecipati del conferimento dei beni del debitore nel fondo patrimoniale della rete, con la conseguente impossibilità per essi di aggredirli per soddisfare il credito vantato nei confronti del singolo aderente-debitore medesimo. Le soluzioni possibili sono due[29]: o si ritiene che il conferimento sia opponibile nel momento in cui al contratto di rete viene data la pubblicità prescritta mediante l'iscrizione nei registri delle imprese competenti, oppure si può ritenere che l'opponibilità dei conferimenti segua le regole comuni dettate dal Codice Civile per ciascuna tipologia di bene (immobili[30], mobili registrati, mobili e crediti).

Così inquadrato il fondo patrimoniale, si rileva che proprio in relazione a tale elemento contrattuale sono legate le novità forse più importanti portate dalla riforma dell'agosto 2012.

Tale novella, infatti, ha introdotto le seguenti innovative previsioni connesse all'esistenza del fondo patrimoniale della rete:

a) il contratto di rete che preveda il fondo patrimoniale deve prevedere anche una denominazione ed una sede per la rete (lett. *a)* co. 4-*ter*), mentre tali elementi non erano contemplati prima della riforma e continuano a non essere contemplati per le reti prive di fondo patrimoniale;
b) il contratto di rete con fondo patrimoniale ora può essere iscritto nel registro delle imprese del luogo dov'è stabilita la sede della rete, anziché in ciascun registro presso cui sono iscritte le imprese aderenti, come invece avveniva prima e come avviene tuttora per le imprese prive di fondo patrimoniale (n. 2 del terzo periodo del primo paragrafo del comma 4-*ter*);
c) la rete dotata di fondo patrimoniale che si iscrive nel registro, con tale iscrizione, acquista soggettività giuridica (ultimo periodo del comma 4-*quater*), mentre prima la norma non si pronunciava sulla soggettività giuridica della rete, che anzi rappresentava la questione più spinosa dibattuta in dottrina;
d) la rete dotata di fondo patrimoniale è ora tenuta a redigere annual-

(28) P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 73.

(29) In questo senso anche le «Linee guida per i contratti di rete» pubblicate da Confindustria – Retimpresa e Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie nel mese di marzo 2012.

(30) In particolare per i beni immobili si è prospettata la possibilità di trascrivere il conferimento come atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645-*ter* oppure ai sensi del combinato disposto del n. 10 dell'art. 2643 e dell'art. 2645 c.c..

mente una situazione patrimoniale, osservando per quanto possibile le norme dettate per la redazione del bilancio d'esercizio delle società per azioni (n. 3 del terzo periodo del primo paragrafo del co. 4-*ter*);

e) la rete dotata di fondo patrimoniale è tenuta ad indicare negli atti e nella corrispondenza la propria sede, l'ufficio del registro delle imprese presso cui è iscritta ed il numero di iscrizione ai sensi del co. 3 dell'art. 2615-*bis* (richiamato dal n. 3 del terzo periodo del primo paragrafo del co. 4-*ter*).

Come si approfondirà nel prosieguo, si tratta di previsioni tutte volte, in modo abbastanza deciso, ad indurre a considerare la rete come un vero e proprio soggetto giuridico.

La riforma ha introdotto anche un'altra interessante nuova previsione per le reti dotate di fondo patrimoniale, relativa alla responsabilità per le obbligazioni di rete. Dopo aver disposto il rinvio agli art. 2614 e 2615 c.c. per la disciplina del fondo patrimoniale, la legge ora specifica che «in ogni caso, per le obbligazioni contratte dell'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo medesimo» (n. 2 del terzo periodo del primo paragrafo del co. 4-*ter*).

In vero, tale norma pare ripetere (ma in modo più impreciso ed equivoco) il principio già posto dal primo comma del richiamato art. 2615 c.c., secondo cui «Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio … i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile». La disposizione del comma 4-*ter* in esame, però, omette di specificare che la limitazione della responsabilità al fondo patrimoniale sussiste per le obbligazioni contratte in nome della rete e ciò potrebbe comportare problemi di coordinamento con il secondo comma dell'art. 2615 c.c., che, invece, disciplinando il caso delle obbligazioni assunte per conto dei singoli aderenti (anziché dell'ente), prevede in questo caso la responsabilità solidale dei singoli interessati. Se l'organo comune, in relazione al programma di rete, assume delle obbligazioni per conto dei singoli aderenti, questi sono solidalmente responsabili, ai sensi del richiamato secondo comma dell'art. 2615 c.c., oppure i terzi possono far valere i loro diritti solo sul fondo patrimoniale, ai sensi della specifica previsione in questo senso posta nella parte finale della norma in esame?

Lo scopo della norma, a parere di chi scrive, è proprio quello di escludere la responsabilità degli aderenti anche quando l'organo comune abbia assunto obbligazioni sì in loro nome, ma per l'esecuzione del programma di rete. L'inciso "in ogni caso", infatti, pare deporre a favore di tale conclusione.

Per completezza dell'esposizione, si deve rilevare che la legge preve-

de che il fondo patrimoniale possa essere costituito, anziché attraverso il conferimento diretto dei beni, mediante l'apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'art. 2447-*bis*, co. 1, lett. *a)*, c.c.

Tuttavia, tale ipotesi di una serie di patrimoni destinati per ciascuna impresa aderente risulta di limitata applicazione per una serie di motivi.

In primo luogo, stante il tenore letterale dell'art. 2447-*bis* c.c. i patrimoni destinati possono essere istituti solo da S.p.A., quindi l'ipotesi non riguarderebbe tutte le imprese aderenti che non rivestano tale forma sociale.

In secondo luogo, l'istituzione di patrimoni destinati incontra un limite assai rilevante: la quota di patrimonio destinato non può superare il 10% del patrimonio netto della S.p.A. destinante.

In terzo luogo, l'istituzione di patrimoni destinati è un procedimento costoso e complesso che mal si adatta alle esigenze di dinamicità che invece intende soddisfare il contratto di rete.

Già nella prassi dei primissimi contratti di rete, l'ipotesi dei patrimoni di destinazioni risulta, quindi, non essere stata percorsa[(31)]. Inoltre, l'opzione dei patrimoni destinati comporta che ciascuna impresa resti unica ed esclusiva titolare dei beni così conferiti[(32)], sicché non vengono a crearsi tra le imprese, in forza del conferimento, particolari problematiche su cui concentrare l'attenzione in questa sede.

8. L'organo comune

L'organo comune è il soggetto incaricato di dare esecuzione al programma di rete.

In assenza di precisazioni legislative, l'organo comune può avere composizione unipersonale o pluripersonale e possono farne parte soggetti sia interni che esterni alle imprese aderenti. La legge, inoltre, pare suggerire la possibilità di nominare quale organo comune una persona giuridica, atteso che la lettera *e)* del comma 4-*ter* richiede di indicare «la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune».

L'originaria formulazione del comma 4-*ter*, si limitava a stabilire che

(31) F. Cafaggi, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, *cit.*, p. 509, all'esito di un esame empirico dei propri contratti di rete stipulati nella prassi riconosce che «I contratti di rete prevedono sempre la costituzione del fondo patrimoniale mentre non fanno riferimento all'uso dei patrimoni di destinazione».

(32) Per un esame completo ed articolato dell'opzione di costituzione del fondo patrimoniale mediante il conferimento di patrimoni destinati, si rimanda a D. Scarpa, *Integrazione di imprese e destinazione patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 169.

il contratto di rete doveva necessariamente indicare «l'organo comune incaricato di eseguire il programma di rete, i suoi poteri anche di rappresentanza e le modalità di partecipazione di ogni impresa alla attività dell'organo»(33).

L'organo comune, quindi, era elemento necessario del contratto (sicché non potevano esistere reti prive dello stesso), ma la norma non forniva alcuna indicazione circa la sua natura giuridica ed il suo funzionamento.

La laconicità di tale disciplina lasciava, quindi, ampio spazio alle speculazioni della dottrina e degli operatori. Durante la breve vigenza di tale versione della norma in esame, nel qualificare giuridicamente la figura dell'organo comune, si era proposto di attribuirgli una natura duplice, come duplice si riteneva essere la natura del contratto di rete: quella tendente al rapporto associativo ("rete-organizzazione") e quella tendente al rapporto di scambio ("rete-contratto").

Dalla scelta operata dalle parti circa quale dei due modelli di rete utilizzare sarebbe derivata una diversa configurazione dell'organo comune: «La diversa natura della rete (meramente contrattuale o associativa a rilevanza esterna) incide altresì sulle regole inerenti all'esercizio dei poteri rappresentativi. Si applicherà infatti la disciplina della rappresentanza ordinaria (o del mandato senza rappresentanza) nell'ipotesi di rete meramente contrattuale; quella della rappresentanza organica negli altri casi»(34).

Se le parti avessero voluto, con il contratto di rete, un rapporto associativo, allora l'organo comune sarebbe stato, appunto, un organo (in senso tecnico) dell'ente rete; se invece le parti avessero voluto limitarsi alla costituzione di un rapporto di scambio, allora l'organo comune sarebbe stato un soggetto che agiva per conto (ed eventualmente in nome) delle parti.

Il Legislatore, con il d.l. n. 78/2010 convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010, è intervenuto massicciamente sull'elemento contrattuale in parola.

In primo luogo, l'organo comune non è più elemento essenziale del contratto ma solo accidentale, quindi è facoltà delle parti decidere se dotarne la rete o meno. Nel caso in cui decidano di non istituirlo, l'esecuzione del programma di rete sarà gestita direttamente dalle parti nei modi che avranno liberamente convenuto nel contratto medesimo.

In secondo luogo, la novella dell'anno 2010 ha introdotto delle previsioni che permettevano di inquadrare con più precisione la natura giuri-

(33) Per un'analisi dell'elemento in esame di veda D. Gallo, *Il contratto di rete e l'organo comune: governance e profili di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 6.

(34) P. Iamiceli, *op. cit.*, p. 53.

dica dell'organo comune (e conseguentemente anche della rete stessa).

La prima parte del comma 4-*ter*, nella formulazione dell'anno 2010, stabilisce che «Il contratto può anche prevedere ... la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso», mentre la successiva lettera *e)* impone che il contratto, se ne prevede l'istituzione, debba indicare «...il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo ..., i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune...» (si anticipa che quest'ultima parte della norma è stata modificata dalla novella dell'agosto 2012).

Tale dettato normativo pareva consentire di sgombrare il campo da alcuni dubbi sorti in precedenza affermando che la rete non sarebbe stata un'organizzazione dotata di soggettività propria (rete-organizzazione) e che l'organo comune, quindi, non avrebbe dovuto essere qualificato come organo in senso tecnico, ma come un mandatario con procura incaricato in comune dai singoli soggetti aderenti alla rete.

Siffatta conclusione era avvallata dall'espressa previsione per cui l'organo agisce «in nome e per conto dei partecipanti alla rete» e, quindi, si sarebbe detto non in virtù di un rapporto di rappresentanza organica con l'eventuale ente rete, ma quale mandatario comune delle singole imprese. Peraltro, detta tesi pareva trovare testuale ed inconfutabile conferma nella chiara previsione per cui i poteri di gestione e rappresentanza gli venivano conferiti «come mandatario comune».

Pertanto, nella formulazione della norma dell'anno 2010, l'organo comune, anche qualora previsto dal contratto, non era un elemento che potesse deporre a favore dell'attribuzione alla rete di una qualsivoglia soggettività giuridica autonoma e distinta da quella delle parti contrattuali[35].

Tuttavia, l'ultima riforma dell'agosto 2012 ha apportato delle modifiche che, almeno ad un primo esame, sembrano contraddire le indicazioni fornite precedentemente ed imporre una revisione di tali conclusioni.

In primo luogo, è stato eliminata dalla lettera *e)* del comma 4-*ter* la specificazione per cui i poteri di gestione e di rappresentanza vengono conferiti all'organo comune «come mandatario comune», sicché non si può più sostenere che la sua natura di mandatario sia espressamente predicata dal testo normativo.

(35) *Contra* si veda R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 340, il quale sostiene che il termine "organo" sarebbe utilizzato in senso tecnico e che il limite rappresentato dal fatto che l'organo comune agisce in rappresentanza delle imprese aderenti sarebbe facilmente superabile in via interpretativa.

Inoltre, mentre il primo periodo del comma 4-*ter* continua a prevedere che l'organo comune agisca «in nome e per conto dei partecipanti», la medesima lettera *e)*, invece, ora prevede espressamente che l'organo comune «agisce in rappresentanza della rete», quindi non solo in rappresentanza dei singoli aderenti, ma della stessa rete in quanto tale.

Tutto ciò, evidentemente, implica l'idea di una soggettività propria della rete e, quindi, di un rapporto di rappresentanza organica dell'organo comune, sicché oggi tale elemento risulta essere più vicino alla figura dell'organo in senso tecnico che a quella del mandatario (anche se permangono forti dubbi, su cui *infra*, par. 10).

9. Gli incentivi e la natura pubblicistica

L'importanza strategica attribuita dal Legislatore al nuovo istituto del contratto di rete è dimostrata dalla profusione di incentivi e di agevolazioni che esso riconosce alle imprese che decidano di costituire una rete.

Infatti, la normativa in esame prevede l'estensione alle reti di alcune delle misure di promozione previste per i distretti dalla sopra cita Legge Finanziaria 2006, in particolare le previsioni in materia amministrativa, finanziaria e di ricerca e sviluppo.

Inoltre, il citato d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla *l. n. 122/2010,* prevede una sospensione d'imposta per le imprese che conferiscano beni per la costituzione del fondo patrimoniale di una rete (art. 42-*quater*, co. 2-*quater*)[36]. Tale agevolazione è subordinata alla «asseverazione» del programma di rete da parte delle competenti associazioni di categoria e dei competenti organismi pubblici. Inoltre è previsto che l'Agenzia delle Entrate vigili sulla corrispondenza tra l'attività effettivamente svolta dalla rete ed il programma asseverato (sulla base del quale sono concesse le agevolazioni fiscali)[37].

(36) Sulla compatibilità di questa agevolazione fiscale con la disciplina europea sugli aiuti di stato si è pronunciata positivamente la Commissione Europea con la decisione C(2010)8939 def. del 26 gennaio 2011.

(37) Tale sistema di agevolazione fiscale è divenuto operativo con l'emanazione del decreto attuativo del 25 febbraio 2011 del Ministro dell'economia e delle finanze (mediante il quale sono stati individuati gli organismi di diritto privato espressione dell'associazionismo imprenditoriale abilitati ad asseverare il programma comune di rete) e con l'adozione dei provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate 14 aprile 2011, concernenti gli aspetti procedurali connessi all'incentivo fiscale (n. 2011/31139 relativo alla trasmissione dei dati dell'asseverazione del programma; n. 2011/34839 concernente la comunicazione del possesso dei requisiti per il rilascio dell'asseverazione del programma; n. 2011/54949 in merito all'approvazione della comunicazione contenente i dati per la fruizione dei vantaggi

Infine, la recente riforma dell'agosto 2012 introduce due nuovi incentivi.

In primo luogo,è previsto che i consorzi per l'internazionalizzazione di cui all'art. 42 del medesimo d.l. n. 83/2012 possano svolgere la loro attività, beneficiando dei relativi contributi statali (ai sensi del decreto attuativo che dovrà essere emanato dal Ministero per lo Sviluppo Economico entro 90 giorni dalla conversione del citato d.l.), anche stipulando contratti di rete con piccole e medie imprese pur non consorziate: «Ai consorzi per l'internazionalizzazione sono concessi contributi per la copertura di non più del 50 per cento delle spese da essi sostenute per l'esecuzione di progetti per l'internazionalizzazione, da realizzare anche attraverso contratti di rete con piccole e medie imprese non consorziate» (art. 42, comma 6, d.l. n. 83/2012).

In secondo luogo, limitatamente al settore economico del turismo, l'art. 66 del d.l. n. 83/2012 prevede che il Ministero per gli Affari Regionali, il Turismo e lo Sport stanzi dei contributi a fondo perduto, fino a 8 milioni di Euro, per la realizzazione di progetti pilota di reti tra imprese e di filiere (*sic*) promossi da aziende del comparto turistico del territorio nazionale: «Al fine di favorire la creazione di reti di impresa e di filiera tra le aziende del comparto turistico del territorio nazionale, con uno o più decreti del Ministro per gli Affari Regionali, il Turismo e lo Sport, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definiti criteri e modalità per la realizzazione di progetti pilota … Agli oneri derivanti dalle disposizioni di cui al primo comma, si provvede, nel limite di spesa di 8 milioni di euro, nell'ambito delle risorse effettivamente disponibili sul bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per l'anno 2012, finalizzate allo sviluppo del turismo, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

È, quindi, chiaro che la riforma persevera nel precedente e tradizionale approccio legislativo nei confronti delle aggregazioni tra imprese: tale fenomeno viene preso in considerazione e disciplinato non solo (o non tanto) per dettarne la disciplina privatistica ma anche (o soprattutto) per concedere alle imprese che le costituiscano delle agevolazioni e dei vantaggi di tipo amministrativo, fiscale e tributario.

Il rilievo pubblicistico della rete emerge, inoltre, nella disposizione di cui alla lettera *e)* del comma 4-*ter*, la quale prevede che d*i regola, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto in senso contrario,*

fiscali c.d. mod. RETI). L'Agenzia delle Entrate ha inoltre fornito importanti delucidazioni con la circolare 14 aprile 2011 n. 15/E chiarendo alcuni delicati aspetti applicativi, tra cui in particolare i seguenti: a) modalità di accesso all'agevolazione per le imprese in contabilità semplificata; b) costi agevolabili; c) termine del regime di sospensione.

l'organo comune della rete ha la rappresentanza delle imprese aderenti e della rete stessa nelle «procedure di programmazione negoziata» con la Pubblica Amministrazione, nonché «nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza».

La rete, quindi, sotto questo profilo assume la funzione di interlocutore nei rapporti tra la Pubblica Amministrazione e le imprese. Pertanto, mentre si è molto discusso, almeno fino all'ultimissima novella dell'agosto 2012 (come si vedrà nel prosieguo), se la rete abbia una soggettività giuridica di diritto privato, è sicuro che essa sia dotata di una propria soggettività nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

A ben vedere, anche quella che viene pacificamente indicata come la causa del contratto di rete presenta una forte connotazione pubblicistica, piuttosto che privatistica.

Il comma 4-*ter*, infatti, stabilisce che lo scopo delle parti nel contratto di rete è quello «di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato». È facile rilevare che *siffatta formulazione dell'elemento causa del contratto di rete «riflette piuttosto la prospettiva … di un disegno di politica industriale in cui l'impiego della rete viene vincolato alla dimostrazione di una maggiore capacità innovativa, più adatto a costituire parametro per un finanziamento o per un'agevolazione che ad operare sul piano civilistico della causa»*[38].

10. Il contratto di rete e le aggregazioni tra imprese

Inquadrata l'attuale disciplina del contratto nei suoi termini essenziali, si osserva ora come essa possa presentare degli interessanti spunti per affrontare le problematiche proprie e specifiche delle aggregazioni tra imprese.

Richiamando le nozioni della dottrina economica per cui il rapporto di mero scambio corrisponde al modello organizzativo "mercato" e il rapporto associativo corrisponde al modello organizzativo "gerarchia"[39],

(38) F. CAFAGGI*Il contratto di rete – Commentario*, cit., p. 31.

(39) R. H. COASE, *The firm the market and the law*, Chicago, 1988, p. 35, rende così il concetto: «Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within the firm these market transactions

si rileva che per aggregazioni tra imprese si intende generalmente tutto ciò che si trova in mezzo tra questi due estremi, ossia tutte quelle forme di organizzazione aziendale nelle quali le imprese creano tra loro dei legami tali da condizionare le une le condotte delle altre, mantenendo però ciascuna la propria autonomia e la propria indipendenza formale.

Si è osservato in dottrina come tali rapporti tra imprese soffrano la distinzione dicotomica tra contratti di scambio e contratti di comunione di scopo in quanto, tipicamente, si tratta di rapporti in cui le due anime dello scambio (e quindi del conflitto tra interessi di soggetti autonomi) e della comunione di scopo (e quindi della convergenza di interessi in una soggettività comune) s'intrecciano. Il problema dell'inquadramento e della disciplina dei rapporti tra imprese è che questi fenomeni non si collocano in modo appropriato né nella categoria dei contratti di scambio né nella categoria dei contratti associativi.

Ebbene, l'istituto del contratto di rete risulta incarnare in modo esemplare tale ambiguità, come prontamente rilevato dalla dottrina più attenta: «L'interprete si trova di fronte ad indici normativi ambigui che non consentono in modo netto e lineare di identificare una disciplina applicabile sia a modelli associativi che a modelli contrattuali. In particolare, mentre la nozione definita dall'art. 3, co. 4-*ter*, sembrerebbe orientata verso un contratto associativo, alcuni degli elementi del contratto indicati nelle lettere a, b, c, d, e, sembrerebbero fare riferimento sia al contratto bilaterale che plurilaterale privo di soggettività...»(40).

Sembrerebbe quindi di essere davanti ad una figura nuova, a metà tra i contratti di scambio ed i contratti associativi, che, a differenza dei primi non si limita al mero scambio e, a differenza dei secondi, non arriva a creare un soggetto giuridico che assorbe le parti. Infatti, il contratto di rete è stato autorevolmente definito come «Una sorta di figura autonoma di rapporto associativo, e intermedia tra il mero contratto «di collaborazione», per così dire, e l'organizzazione societaria (della quale non presenta la struttura)»(41).

Il contratto di rete andrebbe oltre la «..diversa ratio sistematica con cui l'attività economica viene disciplinata nel codice civile, restando tendenzialmente ancorata alla ripartizione contratto di scambio/contratto di

are eliminated, and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production».

(40) F. CAFAGGI, *op. ult. cit.*, p. 24.

(41) C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 930.

organizzazione»[42]. Con il contratto di rete il Legislatore avrebbe fornito alle imprese una figura giuridica versatile, capace di racchiudere tutti quei fenomeni intermedi tra il rapporto di mero scambio ed il rapporto associativo che vengono generalmente indicati come modelli ibridi tra gerarchia e mercato: starà all'autonomia negoziale delle parti determinare il contenuto concreto e le caratteristiche specifiche della propria rete in modo tale da collocarla, conformemente alle proprie esigenze, verso l'uno o verso l'altro estremo, configurandola come una figura tendente al rapporto associativo oppure al rapporto di scambio[43].

11. Incompletezza ed elasticità del contratto di rete

Una delle caratteristiche tipiche dei rapporti tra imprese è che generalmente, a causa della molteplicità di variabili coinvolte, sia interne che esterne al rapporto medesimo, nonché della complessità e del protrarsi di questo nel tempo, risulta impossibile prevedere precisamente quale sarà l'assetto degli interessi delle parti nel futuro. Pertanto, una delle esigenze cui deve rispondere lo strumento contrattuale nei rapporti tra imprese è quello di lasciare un certo margine di incompletezza ed indeterminatezza da riempire in sede di esecuzione del contratto, al fine di permettere a questo di adattarsi alle sopravvenienze.

Questo, ovviamente, accade anche nel contratto di rete e la disciplina in esame sembra fornire una qualche risposta a tale esigenza.

Infatti, come anticipato sopra in materia di oggetto del contratto, l'istituto in esame si articola in una fase statica, quella dell'atto giuridico, ed in una fase dinamica, quella della svolgimento del rapporto giuridico[44]: «Il contratto di rete comprende una fase di programmazione ed una di attuazione. Tendenzialmente si tratta di un contrato incompleto in cui attuazione concorre al completamento entro i limiti della modifica»[45].

(42) F. Cafaggi, *Il Contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, p. 920.

(43) C. Camardi, *op. cit.*, p. 932: «*L*'opzione legislativa – perfettamente comprensibile nell'ottica di innovare gli strumenti legislativi fin qui introdotti in materia – si è indirizzata verso un modello di disciplina di tipo contrattualistico e non societario, orientato da una filosofia non autoritaria ma largamente dispositiva. Con la conseguenza innanzitutto di affidare la regolazione dei rapporti interni alle previsioni dell'autonomia privata dei contraenti».

(44) In proposito P. Iamiceli, *op. cit.*, p. 46, osserva che «*La separazione tra programmazione ed attuazione riflette probabilmente la convinzione che la complessità della rete è determinata da livelli di incompletezza contrattuale relativamente elevati, da definirsi successivamente alla costituzione della rete in sede di attuazione del programma*».

(45) F. Cafaggi, *op. ult. cit.*, p. 920.

Tale sistema consente alle parti di stabilire, al momento della conclusione del contratto, il quadro generale dei loro obiettivi e l'assetto dei loro interessi, lasciando un opportuno margine di libertà e di discrezione per la successiva concreta e specifica attuazione degli stessi.

La fase esecutiva sarà gestita dall'organo comune, se previsto, oppure direttamente dalle parti contraenti. Se è previsto l'organo comune, il contratto deve specificare quali operazioni e quali atti di gestione del programma di rete sono a lui affidati e, per quelli non affidatigli, il contratto deve stabilire le regole di gestione da parte degli aderenti alla rete .

I confini dei poteri di gestione dell'organo comune, oppure le modalità di gestione collettiva da parte dei contraenti medesimi, sono lasciate completamente all'autonomia negoziale delle parti. Infatti, la norma si limita a prevedere che il contratto indichi «le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo» (lett. *f)* del comma 4-*ter*).

Il Legislatore non fornisce nemmeno uno schema suppletivo per la regolamentazione della fase esecutiva. Ciò è sicuramente un difetto della legge in quanto la previsione di una disciplina di *default*, da applicarsi ove non diversamente previsto dalle parti, avrebbe sicuramente favorito l'applicazione dell'istituto, sia rendendo più semplice la redazione dei contratti, sia prevenendo possibile controversie su eventuali lacune lasciate dalle parti nel testo contrattuale.

Il testo normativo consente esclusivamente di affermare che vi è un limite massimo alla discrezionalità (dell'organo comune o della collettività delle parti) nella gestione del programma di rete. Tale limite è dato da quegli obiettivi strategici e dall'assetto della collaborazione previsti nel contratto, i quali costituiscono rispettivamente la causa e l'oggetto del contratto medesimo.

Il testo contrattuale non può essere così indeterminato da non individuare nemmeno gli obiettivi strategici e un assetto minimo della collaborazione, pena la nullità per indeterminatezza della causa o dell'oggetto *ex* art. 1325 c.c. Parallelamente, il margine di discrezionalità lasciato alla fase di gestione non può essere così ampio da mutare causa ed oggetto in sede di esecuzione. In proposito è stato affermato che «non si tratta di un potere illimitato … il limite deve essere ravvisato nella permanenza degli obiettivi strategici inizialmente definiti, mutando i quali non si avrebbe mera modificazione del contratto ma estinzione della rete seguita da nuova costituzione»[46].

[46] P. Iamiceli, *op. cit.*, p. 47.

Tanto più specifico e dettagliato sarà stato il contratto, tanto più limitate saranno l'elasticità del contratto nonché la sua capacità di adattarsi alle sopravvenienze, e viceversa. Tuttavia tale elasticità, come detto, dovrà comunque muoversi entro i limiti e gli obiettivi stabiliti dal testo contrattuale e non potrà mai arrivare al punto di modificarli. Infatti, secondo i principi generali in materia contrattuale (non v'*è ragione per non ritenerli applicabili), il contratto può essere modificato solo con il consenso di tutte le parti contraenti.*

Ma proprio su questo punto il Legislatore introduce un importante elemento innovativo.

Con la novella dell'anno 2010, è stata introdotto nella lettera *e)* del comma 4-*ter* la disposizione per cui nel testo negoziale devono essere indicate, «se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo».

Con questo inciso, il Legislatore suggerisce alle parti di derogare convenzionalmente al principio per cui il contratto può essere modificato solo con il consenso unanime di tutte le parti e di prevedere, a tal fine, dei procedimenti per modificare il programma di rete con il solo consenso della maggioranza. Si tratta sicuramente di un istituto che risponde in maniera calzante alle più volte rilevate esigenze di elasticità e adattabilità dei rapporti tra imprese.

Anche su questo punto si deve rilevare, tuttavia, lo stesso difetto legislativo di cui sopra, ossia che la legge non fornisce alle parti una disciplina suppletiva cui inspirarsi o da applicare ove non espressamente previsto diversamente. È rimesso completamente all'autonomia negoziale privata l'escogitare e disciplinare tali procedimenti per modificare il contratto senza il consenso di tutte le parti: non viene fornita nessuna indicazione né imposto alcun limite. Si ribadisce che siffatta scelta legislativa non favorisce certo l'applicazione né la diffusione dell'istituto.

12. Mutamenti soggettivi della rete

Il fenomeno delle aggregazioni di imprese è caratterizzato, tra le altre cose, dal fatto che i rapporti intercorrenti tra le parti sono tendenzialmente rapporti di durata, ma al contempo presentano la necessità di consentire, in determinate situazioni, sia la fuoriuscita delle parti che l'ingresso di nuovi soggetti. In altre parole, l'incompletezza del contratto di rete può manifestarsi anche dal punto di vista soggettivo, ossia quello delle imprese che la compongono, le quali possono variare nel tempo.

Questa pare essere la ratio che ha ispirato la previsione per cui il contrat-

to deve espressamente stabilire «le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo». Si prevede, sostanzialmente, che il contratto possa consentire alla rete di evolversi anche mediante l'ingresso di nuovi nodi e la fuoriuscita di quelli vecchi.

Il fatto che il contratto debba necessariamente indicare le modalità di adesione di nuove imprese non impedisce all'autonomia negoziale delle parti di stabilire che l'ingresso di nuovi soggetti sia subordinato al consenso unanime di tutti i fondatori, rendendo così sostanzialmente la rete un'aggregazione chiusa (l'adesione di nuove parti praticamente avverrà attraverso una modifica unanime del contratto originario)[47].

La disciplina del procedimento di adesione è rimessa all'autonomia negoziale delle parti, ma perché l'adesione del nuovo membro possa dirsi conclusa sarà necessaria una fase di "formalizzazione" dell'adesione che, costituendo una modifica soggettiva dell'originario contratto di rete, dovrà ricoprire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (oggi anche dell'atto firmato digitalmente) e che sarà soggetta a pubblicità presso i competenti registri delle imprese.

Anche per la disposizione in parola si deve ribadire l'osservazione di cui sopra: il Legislatore si limita a prevedere la possibilità di variazioni soggettive della rete, senza però fornirne alcuna apposita disciplina, almeno suppletiva, che sicuramente avrebbe favorito l'applicazione dell'istituto, sia facilitando la redazione dei contratti, sia prevenendo eventuali contenziosi (se la disciplina è chiara e priva di lacune, l'incidenza delle controversie è minore).

Peraltro si deve aggiungere che sia l'adesione successiva al contratto di altre parti sia il diritto di recesso sono strumenti già previsti dall'ordinamento (rispettivamente art. 1332 ed art. 1373 c.c.) i quali, quindi, erano a disposizione delle imprese anche prima ed indipendentemente dalla normativa in esame.

Al contrario, il Legislatore non contempla l'ipotesi di esclusione della rete, che invece nella prima prassi dei contratti di rete registra notevole importanza. Generalmente si ritiene che le parti, nella loro autonomia negoziale, possano liberamente introdurre nel contratto di rete delle clausola in forza delle quali, al verificarsi delle circostanze in esse previste, un aderente venga estromesso dalla rete.

(47) Così anche le «Linee guida per i contratti di imprese» pubblicate da Confindustria – Retimpresa e Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie nel mese di marzo 2012.

Anche in questo caso, una disciplina legislativa suppletiva sarebbe stata di notevole utilità. In particolare, il Legislatore bene avrebbe fatto a fornire una disciplina suppletiva della questione che si profila come maggiormente problematica nella prassi, ossia quella della sorte del fondo patrimoniale e dei conferimenti in caso di scioglimento del contratto nei riguardi di un solo aderente.

13. La rete e il principio di relatività

Nella dottrina economica e giuridica si rileva frequentemente che uno degli ostacoli maggiori alla corretta comprensione e all'opportuna disciplina dei fenomeni aggregativi da parte del diritto comune dei contratti è rappresentato dal principio della relatività dei contratti. Si è visto che nelle aggregazioni di imprese le vicende di un rapporto contrattuale intercorrente tra due nodi possono, di fatto, produrre effetti importanti anche nei confronti di altri nodi formalmente estranei a quel rapporto e financo nei confronti dell'intera rete.

Tale considerazione assume particolare rilevanza in riferimento agli inadempimenti contrattuali. Infatti, nelle aggregazioni di imprese gli inadempimenti devono essere valutati diversamente da quanto avviene nei comuni rapporti di mero scambio bilaterale.

In contesti reticolari, gli effetti dell'inadempimento non devono essere valutati considerando solo l'interesse della parte direttamente destinataria della prestazione, ma anche l'eventuale interesse di altre imprese dell'aggregazione che, pur non avendo direttamente alcun rapporto contrattuale con l'inadempiente, subiscono un pregiudizio in quanto coinvolte nella trama di rapporti nel cui ambito si verifica l'inadempimento. Si pensi agli esempi dell'inadempimento di uno degli anelli della catena di subfornitura oppure alla violazione degli *standard* qualitativi da parte di uno dei *franchisee*. La mancanza di un formale rapporto contrattuale, laddove, di fatto, vi è invece sicuramente una relazione economica, rende estremamente problematico il riconoscimento delle pretese delle imprese non direttamente destinatarie della prestazione inadempiuta.

Il nuovo istituto del contratto di rete sicuramente potrà aiutare a trasferire tali considerazioni dal piano economico a quello giuridico.

In dottrina si sono già proposti numerosi esempi di possibile applicazione in questo senso del contratto di rete, in particolare nelle reti di *franchising*[48].

[48] R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 331: «...posto che la stipulazione del «contratto di rete» vincola i partecipanti ad un comportamento leale e rispettoso dell'altrui sfera giuridica (cc.

Il contratto di rete, infatti, crea un rapporto giuridico plurilaterale che coinvolge tutte le imprese aderenti. Può anche accadere che, nell’ambito dell’esecuzione del programma di rete, una delle imprese sia tenuta ad eseguire delle prestazioni direttamente a favore solo di alcune altre: ciò tuttavia non intacca il rapporto contrattuale che la lega anche a tutte le altre.

In una cornice giuridica di questo tipo, è naturale valutare complessivamente la gravità dell’inadempimento ed è, altresì, chiaramente più facile ammettere la legittimazione ad agire contro l’inadempimento anche delle imprese non direttamente destinatarie delle prestazione[49].

Quindi, nonostante il Legislatore non abbia espressamente affrontato il problema, il contratto di rete pare comunque prestarsi a fornire una risposta al più volte rilevato problema della compatibilità del principio di relatività del contratto con i contesti reticolari.

14. Interessi dei singoli ed interesse della rete

Il fenomeno delle aggregazioni tra imprese è spesso caratterizzato dal fatto che agli interessi individuali delle singole imprese si affianca un interesse collettivo dell’aggregazione e che quest’ultimo può essere distinto dai primi e financo contrastante con questi. Uno dei problemi che si pongono, quindi, è quello di limitare i comportamenti abusivi delle singole imprese, ossia quei comportamenti volti a perseguire esclusivamente il singolo interesse individuale a scapito dell’interesse collettivo.

Anche su questo punto, come evidenziato sopra per il problema del principio di relatività, il Legislatore non si occupa direttamente della questione ma il contratto di rete pare comunque potersi prestare a delle utili considerazioni.

Si riconosce pacificamente che anche nella rete istituita ai sensi del

dd. obblighi di protezione), il singolo affiliato (*franchisee*) potrebbe così, ad esempio, agire in via contrattuale contro altro consociato il cui comportamento – in ipotesi consistente in un uso scorretto del marchio o degli altri segni distintivi – abbia gravemente leso l’immagine del sistema: facoltà questa non consentitagli in virtù del solo contratto bilaterale di affiliazione commerciale, stante il principio di relatività (art. 1372 c.c.)».

(49) In proposito C. Camardi, *op. cit.*, p. 934, osserva che la decisione della parti di vincolarsi mediante un contratto di rete «*…comporta la scelta in termini altrettanto formali di stabilizzare le proprie relazioni di interdipendenza e di cooperazione alla stregua di vincoli e di obblighi contrattuali reciproci, suscettibili quindi di essere «pretesi» e sanzionati da ciascuna impresa aderente nei confronti dell*’altra. Il ché è esattamente ciò che l’adozione delle altre figura contrattuali di rete consente di escludere (n.d.r.: il riferimento è alla subfornitura ed al *franchising*), laddove lo stesso legislatore organizza i relativi rapporti alla stregua di contratti rigorosamente bilaterali e non plurilaterali/associativi».

comma 4-*ter* «Emerge un interesse collettivo che spesso trascende quello delle dei singoli partecipanti … Tale interesse coesiste con quelli individuali dei singoli partecipanti, a volte configge con questi o almeno con alcuni di essi»(50).

Ovviamente, i problemi relativi alla tutela dell'interesse di rete si presentano nella fase esecutiva del contratto, non nella sua fase genetica. Infatti, nel momento della stipula del contratto le parti, prestando il loro mutuo consenso collettivo, sono libere di cristallizzare l'assetto degli interessi che ritengono: il problema è, poi, di mantenere quell'assetto nella futura concreta attuazione del programma di rete.

Si è già detto che la legge non si esprime in alcun modo sul punto, tuttavia la previsione dell'elemento accessorio dell'organo comune può essere uno strumento utile per affrontare questo problema. Come visto sopra, l'organo comune è una sorta di mandatario comune cui le parti possono demandare, testualmente, «l'esecuzione del contratto». Nel far ciò esse devono disciplinare «i suoi poteri di gestione» e «le regole relative alla sua eventuale sostituzione».

In questo scenario, la gestione dell'attività di rete, quindi, è sottratta alle parti ed è rimessa ad un apposito ufficio. È vero che nulla esclude che i contraenti decidano di investire della carica una o più delle parti medesime, ma tale scelta eventuale non incide sulla portata concettuale della norma perché, comunque, le parti investite dell'ufficio gestiranno l'esecuzione del contratto non in quanto parti del contratto ma in quanto organo comune.

Le parti, quindi, nella loro autonomia negoziale potranno escogitare delle discipline dell'organo comune tali da renderlo garante del rispetto dell'assetto di interessi consacrato nel contratto, attribuendogli i poteri a tal fine necessari (tanto più che la norma richiede espressamente che siano indicati «i suoi poteri di gestione»).

Ad esempio, potrà essere nominato un soggetto terzo che goda della fiducia e della stima di tutti. Altrimenti, l'organo comune potrà essere costituito in forma collegiale attribuendogli una composizione che assicuri la paritaria partecipazione di tutte le parti.

Potrà essere previsto che la carica sia periodica e sia ricoperta a turno a ciascuna delle parti.

Potranno essere previsti procedimenti per la rimozione dell'organo comune che non si dimostri imparziale, tanto più considerando che la norma richiede espressamente che siano indicate «le regole relative alla sua eventuale sostituzione».

(50) F. Cafaggi, *op. ult. cit.*, p. 920.

Il contratto potrà attribuire all'organo comune appositi poteri di controllo sulla condotta delle imprese aderenti alla rete e, eventualmente, anche appositi poteri sanzionatori.

Tutto quanto sopra esposto è solo una generica esemplificazione di come le parti potranno utilizzare l'organo comune per tentare di risolvere il più volte lamentato problema della tutela dell'interesse di rete.

Come già rilevato per altri elementi del contratto di rete, sarebbe stato auspicabile che il Legislatore avesse fornito una disciplina suppletiva anche di tale aspetto della rete, in modo da facilitare la redazione dei contratti e colmarne eventuali lacune, ma così non è stato.

L'istituto in esame si rivela utile a fornire una risposta alla problematica dell'interesse di rete anche sotto un ulteriore profilo.

Come si è visto sopra, con il contratto di rete si crea un legame giuridico e formale tra tutte le parti, anche quelle tra cui eventualmente non intercorre alcun rapporto obbligatorio diretto (nel senso che non sono tenute l'una ad una prestazione nei confronti dell'altra). Ciò consente di valutare la gravità di eventuali inadempimenti considerando non solo l'interesse dell'impresa direttamente creditrice della prestazione ma anche gli interessi delle altre imprese (che in assenza di un contratto di rete sarebbero meri soggetti terzi) e, in particolare, il loro interesse generale, ossia l'interesse di rete. In questo modo, la valutazione potrebbe mutare: inadempimenti che sono di grande importanza per la diretta destinataria potrebbero essere, invece, di scarsa importanza per la rete, e viceversa(51).

La configurazione della rete come rapporto unitario tra i diversi nodi, anziché come sommatoria di rapporti bilaterali accostati, permette di dare rilevanza giuridica ad interessi che diversamente non emergerebbero e, conseguentemente, di ampliare la responsabilità dei soggetti costituenti la rete medesima: l'attenzione non si concentra più sul singolo rapporto o sulla singola prestazione, ma si estende all'intero contesto reticolare in cui questi sono inseriti(52).

(51) F. Cafaggi P e M. Gobbato, in *Il contratto di rete – Commentario*, cit., p. 96: «*La valutazione della gravità dell'*inadempimento svolta nell'ambito del contratto di rete opera in modo diverso rispetto a quanto accade nei contratti bilaterali di scambio … la valutazione della gravità va operata non in riferimento all'interesse individuale di ciascuno dei partecipanti ma all'ulteriore ed autonomo interesse collettivo all'esecuzione del contratto di rete».

(52) Sul punto si veda G. Villa, *op. cit.*, p. 944: «…la ricostruzione del rapporto in senso unitario conduce ad un ampliamento delle pretese e, reciprocamente, delle responsabilità delle imprese della rete, dal momento che il comportamento dedotto in obbligazione da ciascun partecipante è atteso in un contesto in cui si aggiungono tanti creditori, e quindi tanti potenziali danneggiati in caso di inadempimento, quanti sono i soggetti che entrano nella relazione contrattuale. È dunque inevitabile che rischi e responsabilità si accrescano.

Allo stesso modo, la dimensione collettiva del contratto di rete permette di dare ingresso all'interesse di rete (eventualmente distinto e diverso da quello delle singole parti) nell'interpretazione del contratto medesimo ed anche, eventualmente, nei contratti bilaterali stipulati tra i nodi della rete in esecuzione del programma di rete.

L'interesse della rete potrebbe, quindi, essere utilizzato non solo per valutare la rilevanza di eventuali inadempimenti ma anche come strumento ermeneutico per interpretare lo stesso contratto di rete ed i contratti conclusi nell'ambito della rete medesima.

15. Riflessioni conclusive

Nel vigore delle precedenti formulazioni della norma, il dibattito scientifico si era focalizzato soprattutto sulla questione della natura della rete: "rete-contratto" o "rete-organizzazione"? La dottrina si presentava divisa: secondo alcuni(53) il contratto di rete avrebbe originato un ente dotato di soggettività giuridica propria (se non addirittura di personalità giuridica); secondo altri(54) ciò non sarebbe stato possibile e l'unico effetto del contratto di rete sarebbe stato quello di creare un rapporto obbligatorio (ed eventualmente una comunione di diritti sul fondo patrimoniale); secondo altri ancora(55) il contratto di rete avrebbe

Peraltro, la variazione non è solo quantitativa, perché l'inserimento della singola prestazione in un rapporto in rete impone di operare le valutazioni riguardanti l'inadempimento ed i suoi caratteri tenendo presente l'intero contesto in cui le parti si trovano ad operare. Così, il giudizio sulla gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione può essere influenzato dal vincolo fiduciario che normalmente collega tra loro gli aderenti alla rete e deve considerare le finalità complessive del contratto, che mira ad organizzare e conservare la relazione reticolare. Perciò, un inadempimento che sarebbe considerato minore in un rapporto bilaterale, potrebbe diventare di non scarsa importanza se è idoneo a minare il legame fiduciario che unisce tra loro gli aderenti; simmetricamente, un inadempimento grave in un rapporto bilaterale potrebbe non giustificare la risoluzione se questa comportasse la dissoluzione della rete e se, nella prospettiva della sua conservazione, quell'inadempimento fosse tollerabile».

(53) Si veda sempre R. Santagata, *op. cit.*, p. 340.

(54) C. Camardi, *op. cit.*, p. 930: «La costituzione di una rete per contratto non dà luogo alla nascita di un soggetto collettivo, come confermato inequivocabilmente – ove occorresse – dalla successiva lett. e sul cosiddetto «organo comune incaricato», ma piuttosto ad un'organizzazione non soggettivizzata e strumentale all'attuazione di un programma di rete comune».

(55) Sul punto si veda G. Villa, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 944: «Il primo interrogativo è se, considerata la decisa opzione che la legge opera a favore del contrat-

avuto duplice natura e avrebbe dovuto essere collocato tra i rapporti associativi o tra i rapporti di scambio a seconda delle connotazioni di volta in volta attribuite dalle parti al contratto.

È opportuno ripercorrere cronologicamente la storia della norma in esame per evidenziare come le diverse formulazioni da questa assunte si siano, di volta in volta, prestate all'una piuttosto che all'altra interpretazione.

Nella versione originaria del comma 4-*ter*, la presenza necessaria del fondo patrimoniale e dell'organo comune aveva indotto, grazie anche alla laconicità della loro disciplina, l'idea che la rete fosse un vero e proprio soggetto giuridico. In particolare, il rinvio agli art. 2614 e 2615 c.c., operato per disciplinare il fondo patrimoniale, implicherebbe (tutt'ora) l'idea che:

- la rete sia un centro di imputazione di interessi autonomo e diverso dai soggetti che la costituiscono, in quanto può assumere obbligazioni per conto proprio;
- la rete sia capace di essere titolare di rapporti giuridici distinti e diversi dai rapporti giuridici di cui sono titolari gli aderenti;
- la rete sia titolare di un proprio patrimonio, autonomo e distinto dai patrimoni degli aderenti;

to associativo, essa presupponga necessariamente la costituzione di un nuovo soggetto di diritto, così da fare della rete di imprese una vera e propria persona giuridica. L'analisi della norma pare suggerire che, sebbene la costituzione di un nuovo ente sia riguardata come ipotesi normale, non si possono escludere altre soluzioni. La previsione di un fondo patrimoniale comune assistito dalla stessa autonomia patrimoniale che il codice civile riconosce al fondo consortile depone certamente a favore della creazione di una persona giuridica; pertanto, qualora il modello organizzativo prescelto dalle parti si indirizzi in quella direzione, non si potrà che considerare la rete come centro di imputazione dotato di soggettività … qualora … il vincolo creato dagli aderenti possa configurarsi come avente rilievo puramente interno, al pari di quanto accade in altri ambiti con i patti parasociali dotati di un'organizzazione, con le c.d. società puramente interne tra professionisti, o con le *joint ventures*; coerentemente, i poteri rappresentativi che, secondo la previsione della lettera *e)* del comma 4-*ter*, devono essere attribuiti all'organo comune, saranno in questo caso solamente poteri di rappresentare i singoli contraenti, e non una persona giuridica».

- la responsabilità della rete sia autonoma e distinta da quella degli aderenti.

Così configurata, la rete risulterebbe essere una figura vicina ai rapporti associativi piuttosto che a quelli di scambio.

Successivamente, le modifiche apportate al testo legislativo nell’anno 2010 hanno introdotto elementi e specificazioni tali da confutare tale tesi e deporre a favore della “rete-contratto”.

Infatti, la trasformazione dell’organo comune e del fondo patrimoniale da elementi necessari ad elementi accessori imponeva la seguente considerazione: se la rete poteva essere considerata soggetto giuridico in quanto (necessariamente) dotata di organo comune e fondo patrimoniale, allora doveva essere sicuramente escluso che le reti prive di questi elementi potessero essere considerate tali.

Si poteva, tuttavia, obbiettare che, sebbene non più regola imperativa, la previsione dell’organo comune e del fondo patrimoniale è (tuttora) un’opzione disponibile. Pertanto, le reti in cui siano previsti tali elementi facoltativi avrebbero potuto continuare ad essere considerate quali soggetti giuridici: «…nel caso di istituzione di un fondo patrimoniale comune il contratto di rete dà vita a un nuovo soggetto di diritto, del quale il fondo rappresenta la dotazione di risorse apprestata dai partecipanti per lo svolgimento dell’attività e il perseguimento dello scopo comune … in questo caso il profilo patrimoniale incentrato sul fondo comune porta, di conseguenza, ad affermare l’entificazione della rete e la qualificazione del contratto come associativo (con rilievo esterno)»[56].

Tale teoria pareva confortata, oltre che dal rinvio agli art. 2614 e 2615 c.c., dal richiamo nella definizione dell’oggetto del contratto alla locuzione «esercizio in comune di attività», che caratterizza i contratti di società e che sembra presuppore l’esistenza di un ente titolare di posizioni giuridiche soggettive proprie.

Si replicava però che, anche su questo versante, la novella legislativa dell’anno 2010 conteneva ulteriori indicazioni incompatibili con l’idea della “rete-organizzazione”.

Infatti, la disciplina dell’organo comune dettata dal legislatore del 2010, come visto sopra, impediva decisamente di qualificarlo come organo in senso tecnico ed induceva, invece, a definirlo come mandatario comune con rappresentanza: «…nemmeno la presenza dell’organo comune può valere a trasformare la rete in un’ associazione. Il rapporto tra partecipanti ed organo comune sembra infatti più esterno (di mandato) che interno (organico) … In sintesi: la rete non diventa un soggetto nep-

(56) G. Mosco, *op. cit.*, p. 839.

pure quando istituisce un organo comune. Resta una collettività. E l'organo comune contra *nominem* non è un organo ma un mandatario»[57].

Inoltre, si era osservato[58] che, anche da un punto di vista meramente formale, la legge non prevedeva che la rete avesse una propria denominazione ed una propria sede, elementi questi essenziali per l'individuazione di un soggetto giuridico, e che alla rete non veniva attribuita una propria posizione autonoma nel registro delle imprese (in quanto la stessa poteva solo essere annotata nelle posizioni delle imprese che la costituiscono).

Appariva, quindi, condivisibile la conclusione per cui «La costituzione di una rete di imprese per il tramite contrattuale non determina la nascita di un soggetto collettivo nuovo (principio dell'alterità soggettiva), come conferma inequivocabilmente la lettura del dato della norma»[59].

La prospettiva deve necessariamente cambiare nuovamente ora, alla luce della recentissima riforma dell'agosto 2012.

La nuova formulazione della norma, infatti, ha falciato i sopraesposti argomenti contrari alla qualificazione della rete come soggetto giuridico: l'organo comune non è più individuato come mandatario comune delle parti e, anzi, è ora espressamente previsto che esso agisca in rappresentanza della rete in quanto tale; le reti (almeno quelle dotate di fondo patrimoniale) devono avere una propria sede ed una propria denominazione e posso avere una posizione autonoma nel registro delle imprese del luogo dove hanno sede.

Inoltre, con un'assimilazione della rete alle società di capitali che la dice lunga sul modo in cui il Legislatore sembra intendere la rete quale organizzazione (anziché quale rapporto obbligatorio), la rete dotata di fondo patrimoniale è anche tenuta a redigere annualmente una sorta di bilancio, osservando le disposizioni dettate per le S.p.A., ed è tenuta ad indicare nei propri atti e nella propria corrispondenza le generalità che la individuano come soggetto (sede, ufficio del registro d'iscrizione e numero d'iscrizione), così come i consorzi con attività esterna (art. 2615-*bis*, co. 3, c.c., richiamato dal comma 4-*ter*).

Infine, si deve rilevare che, con un colpo di mano inatteso, il Legislatore del 2012, in sede di conversione, ha risolto in modo perentorio la questione relativa alla dibattuta soggettività giuridica della rete, sta-

(57) A. GENTILI, *op. cit.*, p. 627.

(58) V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Società*, 2011, p. 1429.

(59) D. SCARPA, *La responsabilità patrimoniale delle imprese contraenti per le obbligazioni assunte a favore di una rete tra loro costituita*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 406.

tuendo, nel comma 4-*quater*, che la rete dotata di fondo patrimoniale, nel momento in cui si iscrive presso il competente registro delle imprese, acquista soggettività giuridica.

In relazione a siffatta dirompente novità dell'attribuzione di soggettività giuridica alla rete, nelle dichiarazioni rese nei lavori parlamentari, si afferma che «Anche questa modifica risolve difficoltà operative riscontrate nelle reti di imprese costituite da piccoli imprenditori e crea condizioni favorevoli per un forte incremento di questa forma di aggregazione»(60).

In vero, è di tutta evidenza che la formulazione della norma non è precisa e potrà dare adito ad equivoci e perplessità, in quanto il Legislatore, anziché di *capacità* giuridica, parla di *soggettività* giuridica (a differenza di quanto avviene con le società di capitali).

Peraltro, le incertezze su quali siano i contorni della soggettività delle reti emergono chiaramente già nei citati lavori parlamentari, durante i quali, da una parte, si era proposto di attribuire alla rete, anziché una soggettività giuridica, una mera soggettività tributaria(61) e, dall'altra parte, si era suggerito di rendere l'attribuzione della soggettività giuridica facoltativa, rimettendola alla volontà delle parti contraenti(62).

Pertanto, se dopo la riforma dell'anno 2010 la questione della natura della rete sembrava risolta a favore della "tesi contrattuale", oggi la questione pare riaccendersi, alimentata dalla rimozione degli ostacoli che si opponevano alle "tesi organizzativa" e dall'introduzione di rilevanti elementi a favore di quest'ultima.

(60) Relazione del 23 luglio 2012 in Senato dell'On. R. Vignali, Relatore per la X Commissione, disponibile alla data odierna del 17 agosto 2012 presso il sito web del Senato al seguente indirizzo: `http://www.camera.it/410?idSeduta=0670&tipo=stenografico#sed0670.stenografico.tit00120`

(61) Nei lavori della Commissioni 8° e 10° riunite del Senato, l'emendamento n. 45.1 Cagnin Castelli proponeva di introdurre nella norma in esame il comma 4-*quinquies* del seguente tenore: «Se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete è altresì soggetta ad iscrizione nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese, nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; in tal caso, con l'iscrizione nel registro delle imprese, la rete può acquistare soggettività tributaria piena». Circa la personalità tributaria delle rete d'impresa, prima della riforma dell'agosto 2012, l'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 70/E del 30 giugno 2011, ha fornito indicazioni in merito alle modalità di iscrizione all'Anagrafe tributaria delle reti di impresa, precisando che il codice fiscale può essere attribuito in base all'art. 2 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 605 rivolto alle organizzazioni di persone o di beni prive di personalità giuridica, «ferma restando l'esclusione di soggettività tributaria in capo alla rete di imprese».

(62) Si veda l'ordine del giorno n. G/3426/81/8 e 10 del Sen. Cursi C. che impegna il Governo «a chiarire che l'acquisto della soggettività giuridica nel contratto di rete rimane facoltativo e non obbligatorio e ad affidare tale opzione alla volontà dei partecipanti la rete».

Tuttavia, la "tesi organizzativa" non pare possa essere sposata incondizionatamente nemmeno ora, atteso che sono tutt'altro che chiari e definiti i contorni ed il contenuto di questa "soggettività giuridica" che il Legislatore attribuisce alla rete dotata di fondo patrimoniale che si iscrive al registro delle imprese. Finché la dottrina, la prassi o il Legislatore non faranno chiarezza su questo punto, l'interrogativo sulla natura della rete non potrà dirsi sopito.

Discorso diverso deve essere fatto per le reti prive di fondo patrimoniale.

In relazione a queste, infatti, la recente riforma non ha rimosso gli ostacoli che impedivano di aderire alla "teoria organizzativa".

Non è previsto che la rete priva di fondo patrimoniale abbia una propria denominazione, anche se non è vietato e, anzi, nella prassi è quasi una costante. Inoltre non è previsto nemmeno che tale rete abbia una propria sede e nemmeno una posizione autonoma nel registro delle imprese, atteso che il relativo contratto viene iscritto in ciascun registro presso cui sono iscritte le imprese aderenti. Essa, inoltre, non è nemmeno soggetta all'obbligo di redazione annuale della situazione patrimoniale che, invece, è stato introdotto a carico delle reti dotate di fondo patrimoniale.

Si deve ritenere che, in questa ipotesi, la rete resterebbe qualcosa di ben diverso da un ente dotato di soggettività giuridica, non sarebbe capace di essere titolare in proprio di rapporti giuridici e non avrebbe una propria responsabilità né un proprio patrimonio. I beni conferiti dai partecipanti per il perseguimento dello scopo di rete non costituirebbero un patrimonio autonomo dell'ente, ma semplicemente su di essi si costituirebbe una comunione di diritti (reali o relativi a seconda del tipo di conferimento) volta a permettere la realizzazione dell'attività comune. In sostanza, per le reti prive di fondo patrimoniale pare non doversi nemmeno porre il problema della loro natura giuridica, essendo escluso che esse costituiscano un soggetto giuridico e risultando pacifico che dal relativo contratto nasca solo un rapporto obbligatorio.

Abstract

The contract of network between firms is a new legal instrument that allows firms aggregations to establish enhanced cooperation organized and sustained, preserving their own independence and individuality (not setting up an organization such as the company or consortium), as well as to take advantage of significant incentives and tax breaks.

The institute has been introduced in the Italian legal system by Law 9 April 2009. 33, converting Decree Law 10 February 2009 n. 5 (called "Decree Incentives "), which added article. 3 of DL, paragraph 4-ter, containing the primitive discipline of the network contract. The first discipline of the network contract was amended by the Law 23 July 2009. 99 (Art. 1), then by Decree Law 31 May 2010 n. 78, converted with amendments by Law 30 July 2010 n. 122 (Article 42, paragraph 2-bis), and finally by Legislative Decree 22 June 2012 no. 83, called "Decree development" (art. 45), and in particular by its conversion Law 7 August, 2012 n. 134.

The paper aims to examine the substantial changes introduced in the discipline of the network contract by this recent reform.

I Comitati Aziendali Europei: luci e ombre della nuova Direttiva CAE

Valentina Cagnin

Dottoranda di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

1. I Comitati Aziendali Europei dalla Dir. 94/45/CE alla Dir. 2009/38/CE

I Comitati aziendali europei (CAE)[1] sono la prima istituzione autenticamente europea di rappresentanza dei lavoratori che fornisce dei servizi per l'informazione e la consultazione dei lavoratori che prestano la loro attività lavorativa nelle imprese o nei gruppi di imprese di dimensione comunitaria.

Essi furono introdotti dalla direttiva 94/45/CE[2], da subito denominata "Direttiva CAE", che ancor'oggi, a diciottanni dalla sua emanazione, per il notevole contributo che ha recato all'instaurazione e allo sviluppo di un dialogo sociale nell'impresa europea, rappresenta una delle più importanti normative comunitarie nel campo delle relazioni collettive del lavoro.

(1) I Comitati aziendali europei sono forse meglio noti nella loro denominazione originale inglese di European Works Council (EWCs), o in quella francese di Comités D'Entreprise Européens (CEE).

(2) Direttiva 94/45/CE del Consiglio del 22 settembre 1994 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie.

L'obiettivo di tale direttiva, che verrà rifusa nella "Nuova direttiva CAE", la 2009/38/CE[3], si individuava infatti nell'istituzione di un CAE, o in alternativa, di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori, per ogni impresa di una certa dimensione definibile "comunitaria"[4], al fine appunto di informarli e consultarli nei termini, con le modalità e con gli effetti previsti dalla direttiva stessa, in modo da evitare, «disuguaglianze di trattamento tra i lavoratori sulle cui condizioni incidono le decisioni di una stessa impresa o gruppo di imprese»[5], che potrebbero verificarsi a fronte del crescente processo di transnazionalizzazione delle imprese e della parallela proliferazione dei gruppi di imprese avvenuti negli ultimi anni nel mercato interno europeo.

Il legislatore ha inteso difatti, in tale occasione, dare ascolto alla Raccomandazione della Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali del 1989, la quale richiedeva che l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori venissero sviluppate «in particolare nelle imprese o nei gruppi di imprese situati in più Stati membri nella Comunità Europea». Il tentativo, seppur ambizioso, del legislatore europeo era infatti di «migliorare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie», in modo da «garantirne l'efficacia e consentire un processo decisionale efficace nell'impresa o nel gruppo di imprese», permettendo ai lavoratori un aggiornamento costante sulla situazione economica dell'azienda e sugli eventuali sviluppi che incidono, o che potenzialmente possono incidere, sui loro interessi. Ed invero, anche in uno dei *considerando* della Carta, si afferma che la partecipazione, in quanto favoritrice del perseguimento del consenso sociale, «concorre al rafforzamento della competitività delle imprese e dell'economia nel suo insieme, nonché alla creazione dei posti di lavoro», rendendo la partecipazione un indispensabile *trait d'union* tra eccessi liberistici da un lato e culture conflittuali dall'altro[6].

La direttiva CAE, già nella sua versione originale del '94, vantava un approccio innovativo per una legge di rappresentanza dei lavoratori, perché mirava alla creazione del comitato in oggetto mediante delle semplici

(3) Direttiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifusione).

(4) V. *infra*, par. 2.i.

(5) Cfr. 10° *considerando* della dir. 94/45/CE.

(6) V. G. ARRIGO, *Politica sociale comunitaria e direttiva 94/45/CE tra funzione normative delle Parti sociali e ruolo di garanzia del legislatore, in Informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese italiane di dimensioni comunitarie*, in *Not. giur. lav.*, 1996, n. 15, p. 45.

trattative tra i dirigenti delle aziende e i dipendenti: la sua istituzione infatti non era né disposta coattivamente, né seguiva tassativamente un modello prestabilito, ma veniva garantita la possibilità di rispettare le diverse culture nazionali delle relazioni industriali e le tradizioni di co-decisione sindacale, aziendale e imprenditoriale proprie degli Stati Membri interessati. Come ricorda Marco Biagi, «la direttiva CAE racchiude in sé una maggiore capacità innovativa di quanto non si possa dire per i tre accordi inter-settoriali finora raggiunti e consolidati in altrettante direttive (permessi parentali, part-time, contratto a termine) (…) e pertanto questo approccio dovrebbe essere del tutto salvaguardato e valorizzato in futuro, senza deviare da un modello che è davvero un successo»[7].

Nonostante tale innovatività, e nonostante si possa ritenere pacificamente «uno dei pochi frutti visibili della politica sociale comunitaria, riuscendo a tracciare un percorso evolutivo in materia di relazioni industriali, laddove avevano fallito molti progetti d'impresa europea: introdurre momenti di partecipazione dei lavoratori alle decisioni riguardanti la gestione delle aziende»[8], il testo normativo sollevò sin dalla sua emanazione taluni dubbi interpretativi. Già infatti nel 2001 il Parlamento Europeo si era espresso con una Risoluzione[9] evidenziandone alcune lacune, riferite ad esempio alla procedura e al momento in cui dovrebbero aver luogo l'informazione e la consultazione. Per tale motivo, come già accennato, la direttiva del '94 fu (quasi) da subito oggetto di un lungo processo di revisione, che si è protratto per più di 10 anni[10], e che ha portato all'adozione della "Nuova direttiva CAE", la dir. 2009/38/CE.

(7) V. M. BIAGI, *La direttiva Cae (comitati aziendali europei) dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 4, p. 507.

(8) V. in tal senso L. ZOPPOLI, (a cura di) *L'attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei, un'analisi comparata*, Napoli, 1998, p. 140 ss.

(9) V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 29 maggio 2011 sulla relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie.

(10) Il processo di revisione della direttiva CAE n. 94/45/CE era stato avviato nel lontano 2001, ripreso nel 2004, con la consultazione delle parti sociali (ex art. 138 TCE), e infine abbandonato nel biennio 2006-2007, per essere poi ripreso solo nel 2008. Il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno quindi completato tale processo di rifusione approvando, il 6 maggio del 2009, la nuova direttiva 2009/38/CE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 16 Maggio del 2009, ed entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione. La direttiva 94/45/CE, così come modificata dalle direttive 97/74/CE e 2006/109/CE, è stata quindi abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/38/CE, con effetto dal 6 giugno 2011, lasciando agli Stati membri la possibilità di adottare (o di accertare che lo facciano le parti sociali) le disposizioni necessarie per conformarsi alle sue disposizioni entro il 5 giugno 2011.

2. Le principali novità della "Nuova direttiva CAE"

i. L'ambito di applicazione: la dimensione comunitaria e le questioni transnazionali

L'ambito di applicazione della nuova direttiva CAE, che rimane invariato rispetto alla disciplina previgente, come specificato dall'art. 2, è l'impresa o il gruppo di dimensioni "comunitarie", ossia «l'impresa con più di 1000 lavoratori, e con almeno 150 lavoratori in due o più stati membri» o «il gruppo che (...) oltre al limite minimo dei 1000 lavoratori, deve contare almeno due imprese del gruppo, con sede in due stati membri diversi, che abbiano più di 150 lavoratori in uno Stato membro».

Definito il requisito dimensionale, la nuova disciplina chiarisce ulteriormente come la competenza del CAE e la procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori siano limitate alle sole "questioni transnazionali". Il requisito della transnazionalità viene quindi per la prima volta definito chiarendo che per questioni transnazionali il legislatore intende le questioni «riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie o il gruppo di imprese di dimensioni comunitarie nel loro complesso o almeno due imprese o stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi». Il 16° *considerando* amplia poi la casistica di applicazione della direttiva potendo riguardare le questioni che attengono «l'impresa o il gruppo nel suo complesso o almeno due Stati membri», oltreché, e «a prescindere dal numero di Stati membri coinvolti, le questioni importanti per i lavoratori europei in termini di portata dei loro effetti potenziali o che comportano il trasferimento di attività tra Stati membri», colmando una lacuna importante della versione precedente del testo normativo.

Attualmente (Luglio 2012) l'Italia, (assieme alla Grecia, al Lussemburgo e all'Olanda) non ha ancora provveduto al recepimento della direttiva: il solo atto formale riguardante il recepimento della direttiva risulta essere l'Avviso Comune per il recepimento della direttiva 6 maggio 2009, n. 38, firmato a Roma il 12 aprile 2011 tra le parti sociali (Confindustria, Abi, Ania e Confcommercio e CGIL, CISL e UIL). L'Italia sembra dunque bissare il ritardo del recepimento della direttiva previgente, che fu recepita in Italia con più di sei anni di ritardo, inizialmente con l'Accordo interconfederale del 6 novembre 1996 e successivamente, per esteso, con il Decreto Legislativo n. 74 del 2 aprile 2000.

Lo stato di recepimento della direttiva 2009/38 è disponibile, aggiornato in tempo reale, a questo link, `http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=211#Implementation`, (collegamento disponibile in data 28 luglio 2012).

ii. Le definizioni di informazione e consultazione

Una delle novità più apprezzabili della nuova direttiva CAE, la più apprezzabile secondo Alaimo(11), è rinvenibile poi nell'introduzione delle nuove definizioni dei termini "informazione" e "consultazione"(12), ossia delle due principali funzioni alle quali il Comitato è adibito.

Il termine "consultazione", nella direttiva del '94, veniva infatti inteso, nei limiti dello «scambio di opinioni e dell'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato»(13). L'attuale disciplina precisa invece che tale confronto deve avvenire «nei tempi, secondo modalità e con contenuti che consentano ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, di esprimere, entro un termine ragionevole, un parere in merito alle misure proposte alle quali la consultazione si riferisce, ferme restando le responsabilità della direzione, che può essere tenuto in considerazione all'interno dell'impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie»(14).

Quanto invece al termine "informazione", la novella in questione è stata ancor più incisiva perché il legislatore non aveva minimamente abbozzato una definizione del termine, sollevando non pochi dubbi interpretativi.

Secondo la nuova direttiva, l'informazione si declina nella «trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori per consentire a questi ultimi di prendere conoscenza della questione trattata e di esaminarla» e avvenire «nei tempi, secondo modalità e con un contenuto appropriati che consentano ai rappresentanti dei lavoratori di procedere a una valutazione approfondita dell'eventuale impatto e di preparare, se del caso, la consultazione con l'organo competente dell'impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie»(15).

(11) Cfr. A. Alaimo, *op. cit.*, p. 1006.

(12) In tale occasione le due definizioni sono rese conformi a quelle contenute in altre direttive sul coinvolgimento dei lavoratori: la dir. 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori e la dir. 2002/14/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

(13) V. art. 2, lett. *f)*, della dir. 94/45/CE.

(14) V. art. 2, lett. *g)*, della dir. 2009/38/CE.

(15) V. art. 2, lett. *f)*, della dir. 2009/38/CE.

Il legislatore si preoccupa poi di specificare ulteriormente i temi che devono essere oggetto di informazione e di consultazione del CAE, individuando un elenco tassativo: «la struttura, la situazione economico-finanziaria, la probabile evoluzione delle attività, la produzione e le vendite dell'impresa o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, (...), la situazione dell'occupazione e la sua probabile evoluzione, gli investimenti, le modifiche sostanziali in merito all'organizzazione, l'introduzione di nuovi metodi di lavoro o di nuovi processi produttivi, i trasferimenti di produzione, le fusioni, la riduzione delle dimensioni o la chiusura di imprese, stabilimenti o loro parti importanti e i licenziamenti collettivi»(16).

Tale duplice novella, prevedendo criteri essenziali di tempestività, nonché di qualità per le procedure di informazione e consultazione è di particolare rilevanza perché consente ai CAE di esercitare un'influenza concreta sul processo decisionale all'interno delle imprese, contribuendo quindi, sia ad un miglior funzionamento rispetto alla disciplina previgente di questo organo di rappresentanza dei lavoratori, sia ad un rafforzamento del suo ruolo.

iii. Il principio di proporzionalità nella Delegazione Speciale di Negoziazione (DSN) e nel CAE

Particolare rilevante della direttiva in esame è il ruolo chiave riservato alla contrattazione collettiva: il legislatore affida alla direzione centrale dell'impresa di dimensioni comunitarie (o, nel caso di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, a quella dell'impresa controllante), il compito di «negoziare con spirito costruttivo per raggiungere un accordo sulle modalità di attuazione dell'informazione e della consultazione dei lavoratori»(17) con la "Delegazione speciale di negoziazione" (DSN in seguito), che agisce in veste di rappresentante negoziale dei lavoratori.

La Direzione centrale è infatti «responsabile della realizzazione delle condizioni e degli strumenti necessari all'istituzione del CAE, o di una procedura per l'informazione e la consultazione»(18) ed è pertanto tenuta ad avviare una negoziazione con la DSN «di propria iniziativa o previa richiesta

(16) Tali argomenti sono precisati nell'Allegato I delle Prescrizioni Accessorie previste dalla legislazione dello Stato membro, nel caso in cui la direzione generale e la Delegazione Speciale di Negoziazione (v. *infra,* par. 2.iii) decidano in tal senso, oppure nel caso il cui la direzione centrale rifiuti l'apertura di negoziati in un periodo di 6 mesi dalla richiesta, oppure nel caso in cui, entro 3 anni dalla richiesta, le parti non siano in grado di stipulare un accordo o se la DSN non abbia deciso di non avviare negoziati o di annullare quelli in corso.

(17) V. art. 6.1, dir. 94/45/CE.

(18) V. art. 4.1, dir. 94/45/CE.

scritta di almeno 100 lavoratori, o dei loro rappresentanti, di almeno due imprese o stabilimenti situati in non meno di due Stati membri diversi»[(19)].

La DSN, secondo quanto previsto dalla direttiva originaria poteva essere composta «da un minimo di 3 a un massimo di 17 membri»[(20)]. Tale limite, in occasione della refusione del testo normativo, è stato abolito e sostituito da un criterio di proporzionalità, nei seguenti termini: «i membri della delegazione speciale di negoziazione sono eletti o designati in proporzione al numero di lavoratori occupati in ciascuno Stato membro dall'impresa o dal gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, assegnando a ciascuno Stato membro un seggio per ogni quota, pari al 10% o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati nell'insieme degli Stati membri». In tal modo, eliminando ogni riferimento al numero massimo di membri facenti parte della DSN, si sono colte le preoccupazioni della CES (la Confederazione Europea dei Sindacati), la quale sosteneva che l'ampliamento dell'UE rendeva urgente almeno una modifica del numero massimo di membri del CAE, anche in considerazione della difficoltà di garantire la rappresentanza in seno al CAE (e alla DSN) di tutti i lavoratori impiegati nei diversi Stati membri, nelle ipotesi in cui imprese o gruppi di imprese fossero stati presenti in più di 17 Stati[(21)].

Altro profilo di novità introdotto dalla direttiva 2009/38/CE attiene al fatto che viene affermata l'importanza delle organizzazioni sindacali europee riconosciute nella preparazione e nell'attuazione di trattative ai sensi dell'art. 6 della direttiva CAE. Tale comma prevede infatti la possibilità per la DSN di richiedere l'assistenza di esperti, «che possono comprendere rappresentanti delle competenti organizzazioni dei lavoratori riconosciute a livello comunitario», i quali «possono partecipare alle riunioni negoziali con funzioni di consulenza su richiesta della suddetta delegazione». Sul punto il legislatore sembra quindi aver considerato anche l'opinione del Parlamento Europeo, che aveva invitato già nel 2001 la Commissione a presentare una proposta di modifica alla direttiva 94/45/CE, per attribuire «maggiori diritti ai sindacati, in particolare quali esperti all'interno dell'ambito di attività dei comitati aziendali, nonché ruolo più rilevante dei sindacati nazionali ed europei nei comitati aziendali europei e nelle DSN, conformemente alla volontà dei lavoratori»[(22)].

(19) V. art. 5.1, dir. 94/45/CE.

(20) V. art. 5.2, lett. *b)*, dir. 94/45/CE.

(21) V. in tal senso G. Arrigo, *Dalla "revisione" alla "rifusione" della Direttiva n. 94/45*, in *I Comitati aziendali europei tra vecchio e nuovo diritto*, a cura di G. Barbucci, G. Arrigo G., Roma, 2010, p. 320 ss.

(22) Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione della Commissione al Par-

L'importanza particolare attribuita alle organizzazioni sindacali europee riconosciute a livello europeo è poi confermata al 27° *considerando* della nuova direttiva CAE, dove viene sottolineata l'importanza di un riconoscimento al «ruolo che le organizzazioni sindacali riconosciute possono svolgere nella negoziazione o rinegoziazione degli accordi istitutivi dei comitati aziendali europei a sostegno dei rappresentanti dei lavoratori che ne esprimano l'esigenza».

Il principio di proporzionalità previsto per la DSN riappare anche in merito alla composizione del CAE: se nella versione precedente della direttiva il CAE poteva essere composto da un minimo di 3 a un massimo di 30 membri(23), ora, come per la DSN, non vi è più la previsione di un limite minimo o massimo, dato che «i membri del comitato aziendale europeo sono eletti o designati in proporzione al numero di lavoratori occupati in ciascuno Stato membro dall'impresa o dal gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, assegnando a ciascuno Stato membro un seggio per ogni quota, pari al 10 % o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati nell'insieme degli Stati membri»(24). Tale principio di proporzionalità è riconfermato poi sia dall'art. 6, lett. b) , dove è chiarito l'obbligo di indicare, tra gli altri elementi dell'accordo istitutivo, anche il numero di membri del CAE, «che consenta di tener conto, per quanto possibile, della necessità di una rappresentanza equilibrata dei lavoratori in base alle attività, alle categorie dei lavoratori e al sesso», sia dal nuovo articolo 13, che prevede l'adeguamento della composizione del CAE e della DSN «in caso di modifiche significative della struttura dell'impresa»(25) per far sì che la composizione dei due organi possa continuare a rispecchiare i lavoratori occupati nella nuova impresa.

iv. Le informazioni preliminari alla costituzione di un CAE

Un'ulteriore fondamentale novità della nuova direttiva è rinvenibile

lamento Europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle impresa e nei gruppi di dimensioni comunitarie del 29 maggio 2001.

(23) V. Allegato alla Direttiva, Prescrizioni accessorie di cui all'art. 7 della dir. 94/45/CE.

(24) V. Allegato I alla dir. 2009/38/CE, punto 1, lett. *c)*.

(25) Il Considerando n. 40 chiarisce che per «modifiche significative della struttura dell'impresa» il legislatore intende considerare i casi di ristrutturazioni, fusioni, scissioni o acquisizioni, anche se, a dire il vero, le modifiche strutturali potrebbero essere connesse anche a fenomeni di delocalizzazione.

nel nuovo comma 4 dell'art. 4, rubricato: «Responsabilità dell'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori». Tale comma, precisa che: «La direzione di ogni impresa appartenente al gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, nonché la direzione centrale o la presunta direzione centrale (...) dell'impresa o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie hanno la responsabilità di ottenere e trasmettere alle parti interessate dall'applicazione della presente direttiva le informazioni indispensabili all'avvio dei negoziati (...) in particolare quelle concernenti la struttura dell'impresa o del gruppo e la sua forza lavoro».

La novità della norma si configura nell'attribuzione dell'obbligo informativo, oltre che alla direzione generale, ad "ogni impresa" del gruppo. In questo modo le imprese non possono più ritenersi esonerate dal dovere di informazione perché hanno la sede in uno stato non membro o perché lamentano delle difficoltà nell'individuare la direzione reale o presunta del gruppo. Viene in altri termini sancito l'obbligo, per tutte le imprese e non più solo per la direzione generale, di rendere le informazioni relative all'istituzione dei CAE(26).

Tale intervento normativo è il risultato di diverse pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia Europea. Mi riferisco, in particolare, ai casi *Bofrost* (C-62/99)(27), *Kühne & Nagel* (C-440/00)(28) e *Anker*

(26) Cfr. R. SCHIAVONE, *La nuova direttiva Cae,* in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 28, *Inserto*, p. 10.

(27) Il caso Bofrost, C-62/99, Sentenza CGCE del 29 Marzo 2001, riguardava ad esempio una controversia sorta tra una società del gruppo Bofrost e il comitato aziendale di tale società, riguardo al rifiuto di quest'ultima di fornire delle informazioni sugli effettivi e sulla struttura delle imprese del gruppo Bofrost di cui essa faceva parte perché si riteneva sottratta dall'applicazione della normativa comunitaria in quanto il gruppo era strutturato orizzontalmente e non piramidalmente: le imprese infatti del gruppo Bofrost con sede nel territorio europeo avevano concluso nel 1997 un accordo tra di esse per stabilire una parità tra le diverse imprese che appartenevano al gruppo affinché nessuna esercitasse un'influenza dominante e non esistesse fra loro alcun rapporto di subordinazione.

La CGCE, in tale occasione, ha stabilito che «anche se non è stato ancora accertato che la direzione alla quale i lavoratori si rivolgono è quella di un'impresa che esercita il controllo all'interno di un gruppo di imprese (...) quando i dati sulla struttura o sull'organizzazione di un gruppo di imprese fanno parte delle informazioni indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori, tocca ad un'impresa di tale gruppo fornire agli organi interni di rappresentanza dei lavoratori che ne fanno richiesta i dati che essa possiede o che è in grado di ottenere» (V. il punto 41, C-62/99).

In tal modo la Corte ha assicurato l'effettività della direttiva CAE anche in presenza di gruppi orizzontali, ed allorquando non sia ancora accertata l'esistenza dei presupposti per la sua applicazione, ampliando così sia l'ambito di applicazione della direttiva, sia la garanzia del diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

(28) Il caso Kühne & Nagel, C-440/00, Sentenza CGCE del 13 gennaio 2004, che vedeva

(C-349/01)[29], accumunati dalla stessa questione giurisprudenziale: in tutte queste controversie la Corte ha infatti dovuto esprimersi in merito al non rispetto da parte delle imprese, dell'obbligo, in capo alle stesse,

come protagonisti invece un'impresa tedesca, appartenente ad un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, la cui società controllante aveva sede e direzione centrale in Svizzera, e il suo comitato aziendale, riguardava la domanda del secondo alla prima, diretta ad ottenere talune informazioni utili e necessarie per l'istituzione di un comitato aziendale europeo. In particolare, la Kühne & Nagel si era rifiutata di comunicare al comitato aziendale il numero medio di impiegati e la loro ripartizione negli Stati membri, nelle imprese e negli stabilimenti, nonché la struttura della società e del gruppo, le denominazioni e gli indirizzi dei rappresentanti del personale del gruppo perché si riteneva, a suo avviso, esclusa da tale obbligo in quanto la direzione centrale, situata in Svizzera, non era soggetta al diritto comunitario e per questo motivo rifiutava di fornire tali informazioni (V. i punti 25-26, C-440/00).

In tale occasione la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha invece chiarito che il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese di dimensioni comunitarie spetta anche nel caso in cui il gruppo d'imprese abbia la direzione centrale in uno Stato non membro dell'Unione Europea, come la Svizzera, specificando che «(...) i meccanismi per l'informazione e la consultazione dei lavoratori di queste imprese o di questi gruppi devono comprendere tutti gli stabilimenti ovvero tutte le imprese del gruppo situate negli Stati membri, indipendentemente dal fatto che l'amministrazione centrale dell'impresa o – se si tratta di un gruppo di imprese – la direzione centrale dell'impresa controllante sia o meno situata nel territorio degli Stati membri».

La CGCE chiarisce anche che il compito di creare le condizioni e gli strumenti necessari all'istituzione del CAE spetta alla direzione generale, e «nel caso in cui questa sia situata al di fuori del territorio degli Stati membri, come nel caso in esame, la responsabilità è assunta dal rappresentante della direzione centrale in uno Stato membro, che è opportuno designare – se del caso e in mancanza di detto rappresentante, tale responsabilità incombe alla direzione dello stabilimento o dell'impresa del gruppo che impiega il maggior numero di lavoratori in uno Stato membro, cioè alla direzione centrale presunta» (V. il punto 50, C-440/00).

Quest'ultima, però per poter adempiere il suo obbligo d'informazione dei detti rappresentanti, «è tenuta a chiedere alle altre imprese del gruppo situate negli Stati membri», ed «ha il diritto di ricevere da esse, le informazioni indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un siffatto comitato», tenendo presente che le direzioni delle altre imprese del gruppo situate negli Stati membri hanno l'obbligo di fornire alla direzione centrale presunta le informazioni da esse possedute o che sono in grado di ottenere (V. il punto 64, C-440/00).

(29) Nel terzo e ultimo Caso ADS Anker GmbH, C-349/01, Sentenza CGCE del 15 luglio 2004, la CGCE si esprime, tra l'altro a pochi mesi di distanza dal caso Kühne & Nagel, in una questione molto simile: la società capogruppo aveva sede al di fuori del territorio degli Stati Membri, e precisamente in Svizzera, ed il comitato aziendale si era visto rifiutare le informazioni necessarie perché la società capogruppo non aveva voluto fornirle. La CGCE, con sentenza del 15 luglio 2004, afferma che «gli artt. 4, n. 1, e 11 della direttiva devono essere interpretati nel senso che gli Stati membri sono tenuti ad imporre all'impresa stabilita nel loro territorio, e che costituisce la direzione centrale di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie (...) o la direzione centrale presunta, (...), l'obbligo di fornire a un'altra impresa dello stesso gruppo stabilita in un altro Stato membro le informazioni richieste a quest'ultima dai rappresentanti dei suoi lavoratori, quando tali informazioni non sono in possesso di detta altra impresa e sono indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un CAE».

di fornire le informazioni preliminari e strumentali all'iniziativa di costituzione dei CAE.

In tale occasione la Corte ha specificato che tale obbligo non è imputabile solo alla capogruppo, (come sostenuto dalle imprese in giudizio) ma anche a una qualsiasi impresa di un gruppo orizzontale (Caso Bofrost) e anche nel caso in cui il gruppo d'imprese abbia la direzione centrale in uno Stato non membro dell'Unione Europea (Caso Kühne & Nagel e Caso Anker). In tal modo quindi il giudice europeo ha voluto promuovere la creazione dei comitati aziendali europei, impedendo alle imprese di ostacolare la formazione dei comitati rifiutandosi, nello specifico, di fornire le informazioni preliminari necessarie alla sua costituzione, con la giustificazione (dichiarata invalida in sede di giudizio) di non essere a capo del gruppo o di non avere sede principale in uno Stato Europeo.

v. Il contenuto dell'accordo

Con riferimento al contenuto dell'accordo che dev'essere raggiunto tra la direzione centrale e la DSN in merito alle modalità di attuazione di informazione e di consultazione, la nuova direttiva si uniforma al testo previgente nel punto in cui prevede l'indicazione di una serie di informazioni imprescindibili come l'elenco delle imprese che fanno parte del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie o gli stabilimenti dell'impresa di dimensioni comunitarie interessati dall'accordo, la composizione del comitato aziendale europeo, il numero di membri, la distribuzione dei seggi, o il luogo, la frequenza e la durata delle riunioni del comitato(30), introducendo però alcune importanti novità. Prima fra tutte, l'utile obbligo di prevedere, oltre alle attribuzioni e alla procedura di informazione di consultazione del CAE, già previsti alla direttiva previgente, anche «le modalità in cui l'informazione e la consultazione del comitato aziendale europeo si coordinano con l'informazione e la consultazione degli organi di rappresentanza nazionali dei lavoratori».

Relativamente poi all'accordo in sé, non vi è solo l'obbligo di stabilire la durata e la procedura di rinegoziarlo, ma, novità della direttiva del 2009, anche la data di entrata in vigore dello stesso, le modalità in base alle quali è possibile modificarlo e farlo cessare, i casi in cui lo stesso vada rinegoziato e la possibilità di prevedere la rinegoziazione anche nei casi di modifica della struttura dell'impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie.

(30) Cfr. art. 6, dir. 2009/38/CE.

3. Luci e ombre della "Nuova Direttiva CAE"

La rifusione della direttiva CAE, secondo la maggiorparte della dottrina, è giunta tardivamente, ma in un momento opportuno, visto il periodo di crisi che l'Europa stava (e sta tuttora) affrontando, e l'ancor più sentito bisogno di tutela dei lavoratori nei processi di ristrutturazione, fusione e delocalizzazione che si presentano a livello nazionale ed europeo.

Come fin qui emerso, la direttiva, nonostante alcune evidenti lacune interpretative, contribuisce senz'altro a superare quelle criticità emerse nell'implementazione della precedente normativa, e nonostante la delusione di chi desiderava da tempo una refusione più incisiva da anni, ne va segnalato il merito di un effettivo miglioramento delle condizioni di funzionalità e di efficacia dei CAE.

In tal senso, infatti, la direttiva chiarisce cosa debba intendersi per "informazione" o "questione transnazionale", migliora la definizione di "consultazione", definisce le responsabilità degli obblighi di informazione preliminari e strumentali all'iniziativa di costituzione dei CAE, assegna un ruolo maggiore ai sindacati, riconosce il diritto ai membri del CAE alla formazione senza perdita di retribuzione, inserisce una clausola di adeguamento in caso di modifica significativa della struttura delle imprese e il riconoscimento del ruolo delle organizzazioni sindacali, una clausola di non regresso e ancora, introduce la previsione secondo cui «in linea con i principi generali del diritto comunitario, occorre applicare procedure amministrative o giudiziarie, nonché sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità delle infrazioni, in caso di violazione e degli obblighi ai sensi della presente direttiva»(31).

La refusione della direttiva contribuisce quindi ad assicurare ai CAE un reale diritto di influenza sulle decisioni aziendali, «un diritto che rappresenta anche una sfida per giungere ad una rappresentanza CAE sempre più adeguata e competente»(32) e, di conseguenza, che aspira a superare le difficoltà di funzionamento dei CAE soprattutto per ciò che concerne il ritardo con il quale le informazioni erano date ai comitati e all'inconsistenza (o ancor più gravemente all'inesistenza) della consultazione.

Al contempo, tuttavia, non sono mancate le osservazioni critiche da parte della dottrina. Per alcuni «le disposizioni della direttiva non sembrano, infatti, perfettamente in grado di garantire l'effettivo raggiungi-

(31) Cfr. 36° *considerando* della dir. 2009/38/CE.

(32) Cfr. E. Di Filippo, 25/05/2011, Avviso Comune – Testo Coordinato, Scheda di lettura.

mento degli obiettivi dichiarati»[(33)], o ancora, c'è chi ritiene che «da una rifusione della Direttiva CAE ci saremmo aspettati di più»[(34)].

Sono soprattutto i silenzi della direttiva che giustificano larga parte dei giudizi critici. In primis in merito alle funzioni negoziali del CAE[(35)] in quanto la direttiva, come la precedente, non prende posizioni sul ruolo negoziale che di fatto è assunto dai CAE; secondariamente, la direttiva demanda agli stati membri il compito di prevedere «misure appropriate in caso di inosservanza delle disposizioni della presente direttiva; in particolare essi assicurano che siano disponibili procedure amministrative o giudiziarie adeguate che permettano di imporre il rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva»[(36)]. Sul punto, merita osservare come il legislatore europeo intenda considerare in maniera omnicomprensiva gli «obblighi derivanti dalla presente direttiva», non distinguendoli, e ponendoli in tal modo tutti, ingiustamente ad avviso di chi scrive, sullo stesso piano di importanza e di gravità.

Ancora, la nuova direttiva non riduce il tempo massimo concesso alla DSN per la conclusione dell'accordo istitutivo, che rimane di 3 anni come nella precedente versione, nonostante la richiesta sindacale di ridurre da 3 a 1 anno il tempo massimo previsto per la conclusione dell'accordo e per l'applicazione, in mancanza, delle prescrizioni accessorie. Fatto ancor più grave, il legislatore non riduce la soglia necessaria per l'istituzione di un CAE: tale silenzio giustifica però il dubitare in merito alla fondatezza del risultato atteso dalla Commissione, che, con la nuova versione della direttiva si prefiggeva di aumentare il numero dei CAE presenti in Europa.

Infine, una novità non molto apprezzata è stata la previsione, nel 14° e 22° *considerando*, di un forse eccessivo contemperamento delle esigenze delle imprese, stabilendo che, «(…) l'informazione e la consultazione del comitato aziendale europeo dovrebbero rendere possibile la formulazione, in tempo utile, di un parere all'impresa senza compromettere la capacità di adattamento di quest'ultima»[(37)], e aggiungendo la necessità

(33) Cfr. A. ALAIMO, *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in *Dir. rel. ind.* 2009, n. 4, p. 1002.

(34) Cfr. R. HOFFMAN, *CAE, Una riforma tardiva ma utile*, in *I Comitati aziendali europei tra vecchio e nuovo diritto,* a cura di BARBUCCI G., ARRIGO G., Roma, 2010, p. 120 ss.

(35) Cfr. F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del CAE tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. dir.*, 2005, IV, p. 361.

(36) Cfr. art. 11, dir. 2009/38/CE.

(37) La definizione del termine «informazione» deve tenere conto che l'obiettivo è un esame adeguato da parte dei rappresentanti dei lavoratori, il che presuppone tempi, modalità e contenuti dell'informazione appropriati, senza rallentare il processo decisionale nelle imprese.

di prevedere tempi, modalità e contenuti dell'informazione appropriati, «che non rallentino il processo decisionale nelle imprese»[38]. Stando a queste precisazioni quindi l'informazione dovrebbe avvenire in tempo utile, senza però compromettere il processo decisionale delle imprese, ma il rischio generato da tale previsione normativa è notevole: le imprese potrebbero difatti utilizzare delle generiche motivazioni di urgenza per limitare di fatto i diritti del CAE all'informazione e alla consultazione[39]. Per questo motivo sarà ancor più determinante il ruolo della Corte di Giustizia Europea, nel suo compito di valutare la fondatezza delle ragioni delle imprese, e bilanciarle correttamente con il diritto dei lavoratori ad essere informati.

Le luci e le ombre che avvolgono la direttiva sono ben descritte nelle parole di Blanke[40] secondo il quale « considerato il clima politico dominante (anche e proprio nell'Ue), si è comunque riusciti ad arrivare a una nuova versione che ha posto alcuni obiettivi essenziali perseguiti dai lavoratori mediante la Direttiva stessa. Certo: non si sono realizzate tutte le speranze, ma ogni altra aspettativa sarebbe stata comunque troppo ardita »[41].

4. Quale futuro per i CAE?

Sorti oramai più di un decennio fa come primo embrionale bilanciamento di un potere aziendale che travalicava i confini nazionali, i CAE sono oggi una realtà concreta ed attiva del sistema delle relazioni industriali in Europa: secondo gli ultimi dati relativi al primo trimestre del 2012[42], i CAE ammontano a 1.214 e rappresentano oltre 15 milioni di lavoratori[43].

(38) V. 22° *considerando* dir. 2009/38/CE.

(39) V. F. Schiavone, *op. cit.*, p. 8.

(40) Cfr. T. Blanke, *La rifusione della direttiva Cae: il punto di vista tedesco*, in *Riv. giur. lav.,* 2010, n. 1, p. 253.

(41) Cfr. T. Blanke, *op. cit.,* p. 277.

(42) Dati del database di ETUI (European Trade Union Institute), reperibili al sito http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/europeanworkscouncils.htm.

(43) Il *trend* evolutivo del numero dei CAE non è costante: se nell'anno di entrata in vigore della direttiva del '49 ne sono stati istituiti 396, il numero di nuovi CAE è sceso in media ai 70 CAE per anno, sino al 2001, per poi scendere a circa una trentina di nuovi CAE per anno durante la maggior parte degli anni 2000. Dopo la rifusione della direttiva CAE il numero di nuovi accordi CAE conclusi è sceso a livelli molto bassi: solo 11 sono stati quelli firmati nel 2010. Un tale rallentamento dell'attività nella creazione dei CAE nei due anni tra l'adozione e l'attuazione della direttiva di rifusione può riflettere da un lato, l'incertezza

Protagonisti indiscussi del dialogo sociale europeo, i CAE costituiscono un confronto positivo tra le diverse pratiche di relazioni industriali presenti nei paesi dell'Unione, e rafforzano lo sviluppo di un approccio condiviso nell'affrontare le sfide che imprese e lavoratori fronteggiano quotidianamente nei sempre più rapidi e intensi processi di de-nazionalizzazione. Béthoux li definisce infatti «una finestra sugli altri sistemi di relazioni industriali europei, permettendo ai membri della direzione e ancor più ai rappresentanti dei lavoratori di un certo paese, di scoprire le mode delle relazioni sociali che prevalgono dai loro vicini»[44]. Come evidenziano le parti sociali infatti, «in un contesto di mercati sempre più aperti alla competizione internazionale e di continua innovazione tecnologica e produttiva, la Direttiva 2009/38/CE, persegue l'obiettivo di

giuridica sullo status degli accordi sottoscritti in questo periodo, e dall'altro il desiderio da parte dei sindacati e dei rappresentanti dei lavoratori di attendere il recepimento della direttiva in modo da poter beneficiare delle disposizioni della direttiva di rifusione, più vantaggiosa rispetto a quella precedente.

Attualmente, per quanto riguarda la loro distribuzione territoriale, i CAE sono attivi per lo più nei settori della metallurgia (più di 350), delle industrie chimiche (200) e delle costruzioni e del legno (75), nonché nei settori agro-alimentare, alberghi e ristoranti (105), mentre sono meno attivi nei settori del tessile e dell'informatica e dei servizi.

Per quanto riguarda invece la loro collocazione territoriale, i paesi invece dove operano più CAE, avendo come riferimento la sede dell'impresa, sono indubbiamente la Germania, gli Stati Uniti, il Regno Unito e la Francia, (rispettivamente circa 160 CAE sia per Germania che per Stati Uniti, Regno Unito 120, Francia 112), mentre in Italia i CAE operativi ammontano a una quarantina: l'ambito di applicazione infatti dei CAE riguarda solo circa un terzo dei casi i membri dell'Unione Europea, cui la direttiva s'indirizza per obbligo, ma interessa anche i paesi candidati all'adesione (Croazia, Macedonia e Turchia), i paesi appartenenti all'AELE – Associazione Europea di Libero Scambio – (Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein) e i paesi extra questa area quali la Russia, l'Ucraina, ecc.

Quanto alla dimensione d'impresa interessata dai CAE, nonostante poi i rigidi requisiti per attestarsi tra l'impresa o tra il gruppo di impresa "di dimensioni comunitarie", nello SEE (Spazio Economico Europeo) i CAE sono attivi per il 37% nelle piccole imprese, dove si intende un'impresa con meno di 5000 dipendenti nello SEE), per il 39% nelle grandi imprese (più di 10000 lavoratori dipendenti nello SEE), e solo per il 17% nelle medie (dai 5000 ai 10000 dipendenti).

Infine, relativamente invece al grado di internazionalizzazione dei CAE attualmente operativi, più del 56% dei CAE coinvolge più di 10 paesi, il 28% riguarda tra i 5 e i 10 paesi, e la percentuale si riduce al 13% per i CAE che coinvolgono meno di 5 paesi.

Ulteriori informazioni sui CAE sono reperibili sui siti web sviluppati dalla European Trade Union Institute (ETUI): `www.ewcdb.eu`, o al sito `http://www.sda-asbl.org` per le informazioni riguardanti le recenti attività del CAE connesse eseguiti per conto del CES e ETUFs.

(44) Traduzione dell'autrice dalla versione originale: «*Les comités d'entreprise européens jouent d'abord le rôle de fenêtre sur les autres systèmes de relations professionnelles européens, en permettant aux membres des directions et plus encore aux représentant des salariés d'un pays donné de découvrir les modes de relations sociales qui prévalent chez leurs voisins*». V. E. Béthoux, in S. Wolmark, (sous la responsabilité de), *A' quoi sert le comité d'entreprise européen?,* in *Rev. dr. trav*, 2012, n. 1, p. 10.

sviluppare, attraverso il coinvolgimento dei lavoratori, un'attitudine costruttiva al cambiamento fondata su un effettivo dialogo sociale»[45]. Tali comitati sembrano quindi poter contrastare gli ostacoli e le disfunzioni tipiche dei sempre più frequenti fenomeni di internazionalizzazione, rappresentando «l'estensione a livello internazionale dei singoli sistemi nazionali di rappresentanza dei lavoratori»[46] e quindi un meccanismo oramai non più rinunciabile di promozione e di sviluppo dell'azione sindacale al di là dei confini nazionali, tant'è che alcune multinazionali hanno recentemente adottato addirittura dei comitati mondiali, come Nestlé, Danone, Volkswagen, Merloni, Rénault, Daimler-Chrysler, Skf, Skandia, Ikea, Edf, Rhodia[47].

Considerata la loro importanza, più volte tra l'altro evidenziata dalla Commissione Europea[48], si potrebbe avanzare, ad avviso di chi scrive, la previsione di un obbligo di costituzione dei CAE per le imprese di dimensioni transnazionali, o quanto meno abbozzare un tentativo di messa in discussione della volontarietà[49] di questo istituto, che risulta esplicitamente dagli artt. 6 e 13 della direttiva, in base ai quali il compito di inserire in forma concreta i diritti di informazione e consultazione entro "specifici accordi aziendali" è ancora affidata alla volontà delle parti sociali. In alternativa, opzione probabilmente più facilmente realizzabile, si potrebbe abbassare il numero minimo dei lavoratori dipendenti dall'impresa e quello presente in ciascun stato membro (attualmente e rispettivamente 1000 e 150) previsto per la costituzione di un CAE: in tal modo si potrebbe allargare il bacino potenziale d'utenza della direttiva, seguendo tra l'altro la strada intrapresa da alcune modifiche intervenute nel processo di refusione della direttiva del '94, come ad esempio l'ampliamento della definizione di "questioni transnazionali" sopra riportata.

(45) V. avviso comune per il recepimento della direttiva 6 maggio 2009, n. 38, firmato il 12 aprile 2011 tra Confindustria, Abi, Ania e Confcommercio – Imprese per l'Italia e CGIL, CISL e UIL.

(46) V. W. STREECK, *Neither European Nor Works Councils: A Replay to Paul Knutsen*, in *Economic and Industrial Democracy*, 1997, n. 18, p. 339 ss.

(47) V. in tal senso S. SCARPONI, *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese transnazionale europee e modelli partecipativi*, in *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, a cura di S. SCARPONI, Trento, 2007, p. 5 ss.

(48) Cfr. Commissione Europea (2004), Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata – Rafforzare il contributo di un dialogo sociale europeo, COM (2004) 557 def., Comunicazione del 12 agosto 2004, p. 11.

(49) Per approfondimenti V. J. E. DOLVICK, *EWCs and the Implications for Europeanisation of Collective Bargaining*, in *Ead. Redrawing Boundaries of Solidarity?* in *ETUC, Social Dialogue and the Europanisation of Trade Unions in the 1990s,* Arena and FAFO, Oslo, 1997.

In un tale contesto di crisi globale, gli obiettivi proclamati nella direttiva del '94, ribaditi ed ampliati nella versione del 2009, sono infatti ancor più degni di interesse e tutela, inserendosi nel più ampio e generico obiettivo di concretizzare uno sviluppo sostenibile(50), ossia uno sviluppo attento alla tutela del lavoratore e alla collaborazione tra parti sociali, che viene sempre più comunemente inteso come una possibile via d'uscita alla crisi.

Per questo motivo i CAE meritano uno studio e un'attenzione particolare, tant'è che, discutendo sull'utilità dei CAE, Brihi ritiene che «le esperienze, hanno sviluppato un vero "*acquis communautaire*" sul piano delle relazioni tra i rappresentanti dei lavoratori di uno stesso gruppo d'impresa, di modelli economici e sociali differenti e di tradizioni sindacali talvolta lontane»(51), evidenziandone peraltro la funzione di "laboratorio sperimentale", a favore della costruzione di un sindacalismo europeo. Sono quindi auspicabili interventi di potenziamento e di incentivazione all'istituzione di questi comitati, perché i lavoratori possano essere sempre più coinvolti nell'anticipazione del cambiamento nelle imprese, al fine di prevenire o limitare le conseguenze negative dei sempre più frequenti processi di ristrutturazione, facilitando il superamento delle comuni barriere geografiche, culturali, politiche e linguistiche che si frappongono all'affermazione della contrattazione internazionale. L'attore sindacale è infatti ancora fortemente legato al contesto istituzionale e alle peculiarità nazionali: un comitato aziendale di livello europeo potrebbe svolgere invece una funzione di "coesione economico-sociale"(52), consentendo di stabilire un dialogo unitario con chi ha il potere decisionale, essendo «potenzialmente un fattore di crescita di solidarietà fra lavoratori di diversi Paesi»(53).

(50) Lo sviluppo sostenibile è stato definito per la prima volta nel Rapporto Brundland del 1987, dalla Commissione Mondiale sull'ambiente e sullo sviluppo come «*lo sviluppo che risponde ai bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i loro*».

(51) Traduzione dell'autrice dall'originale «*Les expériences, même contrastées, ont développé un véritable "acquis communautaire" sur le plan des relations entre représentants des travailleurs d'un même groupe d'entreprises, issus de modèles économiques et sociaux différents et de traditions syndicales parfois éloignées*». V. in tal senso R. Brihi, *Le comité d'entreprise européen: un colosse aux pieds d'argile*? in S. Wolmark, (sous la responsabilité de), *A' quoi sert le comité d'entreprise européen?,* in *Rev. dr. trav.*, 2012, n. 1, p. 16.

(52) V. L. Zoppoli, (a cura di), *L'attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei, un'analisi comparata*, Napoli, 1998, p. 135.

(53) V. A. Perulli, *Contrattazione transnazionale nell'impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 192.

Abstract

The article offers a comparison between the Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, and the Recast Directive 2009/38/CE.

The author highlights the main innovations of the 2009 EC Directive, such as, for example, the new definitions of "information" and "consultation" or the content of the agreement between the central management and the special negotiating body, discussing strengths and weaknesses of the new regulatory text, and offering an overview of the worthier labour law doctine about this theme.

Bibliografia

ALAIMO, *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, n. 4, p. 1102.

ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, n. 2, p. 221.

ALIAS, *L'attuazione della direttiva n. 2002/14/CE: il quadro europeo e il caso italiano,* Nota a d.lgs 6 febbraio 2007, n. 25, *Attuazione della Direttiva 2002/14/CE, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori*, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 14.

ALIAS, *Il varo imminente della nuova Direttiva Cae,* in *Working Paper Adapt*, 2008, n. 70.

ARRIGO, *Politica sociale comunitaria e direttiva 94/45/CE tra funzione normativa delle Parti sociali e ruolo di garanzia del legislatore: orientamenti sindacali e trasposizione negli ordinamenti interni, in particolare quello italiano,* in *Informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese italiane di dimensioni comunitarie*, in AA.VV. *Not. giur. lav.*, 1996, n. 15, p. 42 ss.

ARRIGO, *Dalla "revisione" alla "rifusione" della Direttiva n. 94/45*, in *I Comitati aziendali europei tra vecchio e nuovo diritto*, (a cura di) BARBUCCI, ARRIGO G., Roma, 2010.

BIAGI, *L'accordo interconfederale del 27 novembre 1996 per il recepimento della direttiva 94/45 sui Cae*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, n. 1, p. 145 ss..

BIAGI, *La direttiva Cae (comitati aziendali europei) dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 4, p. 507 ss..

BLANKE, *La rifusione della direttiva Cae: il punto di vista tedesco*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 1, p. 253 ss..

CASTRO, DAVIDONI, *Radicamento nazionale e prospettiva internazionale: annotazioni in margine all'accordo Electrolux sul Cae*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 2, p. 119.

DE LUCA M., *I comitati aziendali europei: la direttiva 94/45/CE: problemi di at-*

tuazione e prospettive di evoluzione delle relazioni di lavoro, Milano, 1996.

DOLVICK, *EWCs and the Implications for Europeanisation of Collective Bargaining*, in Ead. *Redrawing Boundaries of Solidarity*? In *ETUC, Social Dialogue and the Europeanization of Trade Unions in the 1990s*, Arena and FAFO, Oslo, 1997.

GAMBACCIANO, *Diritti di informazione e consultazione e condotta antisindacale,* in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 2, p. 93.

GUARRIELLO, *"La prima volta" della direttiva sui Cae (n. 94/45/Ce) davanti alla corte di giustizia: Bofrost o della latitudine dei diritti di informazione riconosciuti alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della costituzione del comitato aziendale europeo,* (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 marzo 2001, n. 62/99, Betriebsrat GmbH c. Bofrost GmbH), in *Dir. lav.*, 2001, n. 2-3, p. 12.

GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del CAE tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. dir.*, 2005, n. 5, p. 361.

HOFFMAN, *CAE, Una riforma tardiva ma utile*, in *I Comitati aziendali europei tra vecchio e nuovo diritto*, (a cura di), BARBUCCI, ARRIGO, Roma, 2010.

LAURIA, *I diritti di informazione e consultazione nel contest delle relazioni industriali italiane ed europee,* (Nota a Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni del 17 marzo 2008 relativa al riesame della Direttiva 2002/14 CE nell'UE, 17 marzo 2008, e altre), in *Dir. rel. ind*, 2008, n. 1, p. 581.

LIEBMAN, *Prassi aziendale e regolazione dei rapporti di lavoro nell'impresa: fonte consuetudinaria o prodotto dell'autonomia collettiva?,* in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 2, p. 704.

LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, n. 3, p. 551.

MONTICELLI, *Le posizioni delle parti sociali europee sul Libro Verde* (Nota a Businesseurope, UEAPME, CEEP, ETUC (a cura di), *Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European Social Partners*, 18 ottobre 2007, e altri), in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 1, p. 1259.

OLIVELLI, *La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, n. 1, p. 37.

ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato,* in *Riv. giur. lav*, 2009, n. 4, p. 549.

PERULLI A., *Contrattazione transnazionale nell'impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 192.

PIZZOFERRATO, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governance e democrazia economica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, n. 2, p. 243.

PULIGNANO, *Rappresentanza del sindacato e spazio europeo: uno studio comparato sull'esperienza dei Cae in due settori*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 27, p. 105.

SCARPONI, (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007.

SCHIAVONE, *La nuova direttiva Cae,* in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 28, *Inserto*.

SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, n. 4, p. 447.

SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010.

STREEK, *Neither European Nor Works Councils: A Replay to Paul Knutsen*, in

Economic and Industrial Democracy, 1997, n. 18, p. 339 ss.
STREEK, *Diritto del lavoro e relazioni industriali: origini e prospettive. Le relazioni industriali oggi*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, n. 2, p. 255 ss.
WOLMARK, (sous la responsabilité de), *A' quoi sert le comité d'entreprise européen?,* in *Rev. dr. trav*, 2012, n. 1, p. 9 ss.
ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro,* Torino, 2006.
ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 3, p. 439.
ZOPPOLI, (a cura di), *L'attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei, un'analisi comparata,* Napoli, 1998.

PARTE II

PAPERS

L’uso giurisprudenziale della comparazione

Alessandra Bellini
Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione nella Seconda Università degli Studi di Napoli

SOMMARIO: 1. L’uso giurisprudenziale della comparazione: l’uso normativo. – 2. L’uso dialettico-problematico della comparazione. – 3. Il dialogo fra le Corti a livello globale.

1. L’uso giurisprudenziale della comparazione: l’uso normativo

L’uso giurisprudenziale della comparazione riguarda quel particolare fenomeno per cui i giudici nazionali fanno uso del diritto straniero nelle proprie decisioni(1).

È una prassi che si è sviluppata nell’ultimo decennio e la cui diffusione, dapprima limitata solo ad alcune Corti di *common law*, oggi riguarda aree geografiche molto diverse; l’aumento esponenziale di richiami a materiali giuridici stranieri nella risoluzione delle controversie ha suscitato, inoltre, l’attenzione degli studiosi di diversi settori del diritto su quello che è stato definito *new comparativism*(2).

La possibilità di considerare il giudice nazionale come comparatista ha però numerose implicazioni che riguardano aspetti altrettanto diversi

(1) Si veda sull’argomento SMORTO, *L’uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1; secondo alcuni autori nonostante, di solito, i comparatisti facciano differenza fra uso del diritto straniero e uso del diritto comparato le due locuzioni, in questo caso, possono essere sovrapposte, sul punto si veda SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 5 ss.

(2) S. CASSESE, *Legal Comparison by the Courts*, Pièlagus, 2010, 9, p. 21-22; LOLLINI, *La corte suprema dello Stato di Israele*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di Mezzetti, Padova, 2011; GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà*, relazione al convegno *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, Genova 28-29 settembre 2007; WEINRIB, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, a cura di Jackson, Tushnet, Westport, 2002, p. 3.

di questo fenomeno. In primo luogo esse investono il tipo di comparazione ed il tipo di uso che i giudici sono soliti fare del diritto straniero, in secondo luogo coinvolgono l'ammissibilità ed il limite, legittimi, a questa pratica.

Una distinzione che viene fatta, a proposito della comparazione giudiziale, è fra un uso normativo o forte del diritto straniero ed un uso dialettico o problematico della comparazione, quale fonte di ispirazione nell'interpretazione del diritto nazionale[3].

Attraverso un uso normativo della comparazione il giudice individua all'interno del diritto straniero la fonte esterna e vincolante delle norme giuridiche che va ad applicare, in questo senso il diritto straniero è usato in modo condizionante per la decisione che viene presa, ovvero serve a chiarire il significato di norme che provengono direttamente da un ordinamento diverso da quello nazionale[4]. Questo particolare uso del diritto è strettamente connesso al sistema nazionale delle fonti che caratterizza un dato ordinamento e alla possibilità che il diritto prodotto da ordinamenti diversi da quello statale diventi parte di quello interno. Un esempio a proposito è rappresentato dal sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali che oggi, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, coinvolge strettamente, Unione Europea, Stati nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo[5]. In tema di diritti fondamentali si è, infatti, per lungo tempo, posto il problema del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) da parte delle istituzioni comunitarie nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo avesse affermato, con la sentenza sul caso Bosphorous[6], che rientravano nella propria giurisdizione anche gli atti nazionali di esecuzione degli obblighi comunitari[7]. Così pronunciandosi la corte ha permesso di sottoporre gli atti

(3) SMORTO, *op. cit.*, p. 228; MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 27 ss.; VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, I, p. 18 ss.; Si fa riferimento all'«uso complementare del diritto extrastatuale» in SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, Atti del III Congresso di aggiornamento professionale forense, Roma, 3-5 aprile 2008; JAYME, *Precedente e "Rechtfortbildung" nel sistema tedesco dell'illecito civile*, in *Foro it.*, 1988, 5, p. 366 ss.

(4) SMORTO, *op. cit.*, p. 226 ss..

(5) MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, p. 691-734.

(6) Corte eur., 30 giugno 2005, *Bosphorous Hava Turizm v. Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*.

(7) MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, p. 28.

dell'Unione ad un indiretto controllo di conformità ai diritti fondamentali enunciati nella Convenzione.

Il rapporto fra le diverse fonti delle norme europee e nazionali in tema di diritti fondamentali è radicalmente mutato proprio con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Esso ha modificato l'articolo 6 del Trattato che istituisce l'Unione Europea, riconoscendo alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati. Inoltre, attraverso il paragrafo 2 dello stesso articolo, l'Unione ha dichiarato di aderire alla Cedu, cosicché i suoi atti saranno direttamente sindacabili nel caso in cui violino i diritti fondamentali che la Convenzione enuncia, ma, soprattutto, gli stessi diritti entreranno a far parte degli ordinamenti nazionali in un modo indiretto ma assai efficace e cioè per mezzo del diritto comunitario(8).

Questo ha un preciso legame con il tema dell'uso giurisprudenziale della comparazione e, in base alla distinzione fatta sopra, con l'uso forte o normativo della stessa. Il giudice nazionale ha, così, la possibilità di richiamare direttamente il diritto che promana da organismi ultrastatali e, quindi, di renderlo direttamente applicabile attraverso le decisioni giurisdizionali che adotta. È quello che è accaduto in Italia dove la Cedu è stata ratificata e resa esecutiva con legge ordinaria e ciò ha creato non pochi problemi nel collocarla nel sistema delle fonti, nonostante l'alto valore e l'importanza fondamentale delle sue disposizioni. Si è cercato perciò di darle un certo grado di stabilità all'interno dell'ordinamento attraverso una copertura costituzionale ricercata, da alcuni nell'articolo 10 della Costituzione, da altri, nell'articolo 11, e ciò per renderla immune da un eventuale intervento abrogativo da parte di una legge ordinaria successiva.

La Corte costituzionale, in prima battuta, si era espressa sul punto e, se da un lato riteneva la Cedu quale espressione tipica di diritto internazionale pattizio nonostante il «valore costituzionale» dei suoi contenuti, dall'altro lato non esitava ad usare le stesse norme della Convenzione per interpretare le disposizioni costituzionali nazionali in tema di diritti fondamentali(9). È qui necessario un breve inciso solo per anticipare che questa pratica interpretativa della Corte costituzionale può essere, invece, considerata un esempio di quello che abbiamo definito uso dialettico o argomentativo della comparazione, ma sul punto si tornerà in seguito.

Di uso normativo della comparazione, relativamente al valore della Cedu nell'ordinamento italiano, si può parlare a partire dalla riforma del

(8) S. Cassese, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 312.

(9) Frosini, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Costituzione italiana*, in *Diritto interno, diritto comunitario e principi sovranazionali*, a cura di Parisio, Milano, 2009, p. 178 ss..

Titolo V della Costituzione e dell'articolo 117, a cui hanno fatto seguito le fondamentali sentenze della Corte costituzionale numero 348 e 349 del 2007 in materia di indennità di esproprio ed accessione invertita.

In queste sentenze la Corte ha affermato che la Cedu trova la sua copertura costituzionale nell'ambito dell'articolo 117, norma che impone al legislatore nazionale e a quello regionale il rispetto degli obblighi internazionali.

In questo modo le norme interne, in contrasto con i valori fondamentali enunciati nella Convenzione, violano l'articolo 117, e, dunque, il sindacato costituzionale su di esse si svolgerà non solo avendo quale parametro di legittimità le norme costituzionali a protezione degli stessi diritti fondamentali, ma anche e direttamente le corrispondenti disposizioni convenzionali, comportando l'acquisizione di una maggiore importanza ed efficacia della Convenzione all'interno dell'ordinamento italiano(10).

Ancora di uso normativo della comparazione si può parlare facendo riferimento ad una pronuncia del TAR Lazio in materia di espropriazione illegittima(11). Il giudice amministrativo ha direttamente applicato le norme della Convenzione ed ha affermato la propria competenza, non solo ad interpretare le norme nazionali conformemente ai principi della Cedu, ma ad applicare direttamente questi ultimi, in virtù proprio del Trattato di Lisbona(12).

Il fenomeno descritto e portato ad esempio di quello che è l'uso normativo della comparazione e del diritto straniero cerca di fornire l'immagine d'insieme del rapporto e dell'interazione fra ordinamenti al cui interno si è voluto dare un certo assetto alle fonti del diritto e all'efficacia delle norme che da questi ordinamenti promanano. L'effetto che ne viene può essere quello dell'espansione dei diritti e della cosiddetta *multilevel protection*, una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che avviene a livello sovranazionale e mostra come ad un sistema piramidale di produzione del diritto si è sostituito un modello a «rete» quale metafora per immaginare l'assetto degli ordinamenti statali e non(13).

(10) FROSINI, *op. ult. cit.*, p. 183 ss..

(11) Tar Lazio, II bis, 18 maggio 2010, n. 11984.

(12) V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.Europeanrights.eu, 2007.

(13) OST, VAN DE KERCHOVE, *De la piramide au rèseau? Pour un thèorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 267 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 54 ss..

2. L'uso dialettico-problematico della comparazione

Considerare il giudice come comparatista attraverso quel particolare uso del diritto straniero finalizzato, invece, all'interpretazione del diritto nazionale, significa porre l'attenzione su quello che è stato definito un «dialogo» con idee e nozioni giuridiche straniere(14). Non si tratta dell'ipotesi in cui «il diritto straniero possa essere usato come precedente vincolate dai giudici», ma che esso sia, piuttosto, una «fonte d'ispirazione quando il diritto nazionale è obsoleto, poco chiaro o contraddittorio»(15). Di giudizio comparativo si parla riferendosi ai casi in cui emerga che il giudice ha fondato la propria decisione sul confronto critico comparativo con il diritto straniero, per il quale si intendono le disposizioni costituzionali, legislative e la giurisprudenza maturata sugli istituti disciplinati(16).

L'uso dialettico della comparazione permette, per il tramite del diritto straniero, di offrire delle argomentazioni nuove, diverse o ulteriori al giudice nell'interpretazione della legge. La possibilità che vengano aggiunti nuovi punti di vista su una questione non può che arricchire la prospettiva ermeneutica dell'interprete(17).

(14) Sull'uso dell'espressione «dialogo tra le Corti»: SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *U. Richmond L. Rev.*, 1994, 29, p. 99-137; SLAUGHTER, *40th Anniversary Prospective: Judicial Globalization*, in *Va. J. Int'l L.*, 2000, 40, p. 1103 ss.; SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2003, 44, p. 191-219.

(15) MARKESINIS, FEDTKE, *op. cit.*, p. 27; in tema di armonizzazione del diritto in ambito comunitario, come auspicio al reciproco riconoscimento fra le corti «dell'autorità persuasiva» dei propri precedenti si veda SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 2 e RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 727.

(16) DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, p. 122- 123; GROPPI, *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, in *Supreme Court Law Review*, 2007, p. 337 ss; sulla c.d. *persuasive authority* della giurisprudenza straniera, contrapposta alla *binding authority*: GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese*, cit., p. 17; GLENN, *Persuasive Authority*, in *McGill L. J.*, 1987, p. 261ss.; PONTHOREAU, *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge contitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques*, in *L'interprétation constitutionnelle*, a cura di Mèlin-Soucramanien, *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 168.

(17) SMORTO, *op. cit.*, p. 237-238; sull'uso del diritto comparato da parte della giurisprudenza amministrativa italiana: A. SANDULLI, *Giurisprudenza amministrativa e diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 4, p. 1211-1221; A. SANDULLI, *The use of Comparative Law Before the Italian Public Law Courts*, in *Comparative Law Before the Courts*, a cura di Canivet, Andenas, Fairgrieve, London, 2004, p. 165-178; A. SANDULLI, *La giurisprudenza amministrativa italiana e l'uso delle sentenze straniere*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, a cura di Alpa, Atti del convegno organizzato dalla Corte costituzionale e dal Consiglio Nazionale Forense, Roma, 21 ottobre 2005, p. 51-76. Nella motivazione del caso *Englaro* la Corte di cassazione ha richiamato la Convenzione di Oviedo, la giurisprudenza

Una prima osservazione che deve essere fatta ha ad oggetto le obiezioni che sono state espresse rispetto a questo tipo di interpretazione e che riguardano i limiti al potere creativo dei giudici. La conseguenza è stata di coinvolgere in questo dibattito il problema della legittimazione democratica e della separazione dei poteri: è quello che negli Stati Uniti viene definito «Dilemma di Madison», che si rifà all'originalismo più volte espresso dalla dottrina e da alcuni giudici(18) e che caratterizza l'atteggiamento di chiusura della Corte Suprema degli Stati Uniti, esso riguarda principalmente l'interpretazione giudiziaria(19).

Alcuni comparatisti hanno analizzato il fenomeno prendendo ad esempio nazioni con diversi livelli di elaborazione teorica sull'interpretazione della legge. Gli Stati nei quali vi sono delle regole sull'interpretazione consolidate ed una solida elaborazione teorica hanno sviluppato nel tempo una serie di principi ed una prassi giudiziaria che rendono maggiormente permeabile e flessibile il diritto nazionale, quando questo viene in contatto con quello straniero per la decisione di alcune questioni. La maggior parte di queste norme si occupa, come nel caso dell'ordinamento tedesco, dell'interpretazione della Costituzione da parte di Corti superiori. In questo modo si cerca di far sì che l'interpretazione delle norme costituzionali, entro limiti ragionevoli, tenga conto dei cambiamenti politici, economici e sociali. Senza questa possibilità di aggiornamento la Costituzione perderebbe la sua capacità di rispondere ai mutamenti della società e, quindi, avrebbe bisogno di essere rivista secondo procedure formali per non correre il rischio di perdere efficacia. Nel bilanciamento fra «una corte potente ed un legislatore democratico» un aiuto notevole è dato proprio da «un sistema coerente di interpretazione della

della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché quella statunitense, inglese e tedesca su questo tema: Cass., I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In materia penale si è fatto uso della comparazione nella sentenza della C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro. it.*, 1988, p. 1385 ss., in tema di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale. Si veda anche C. Cost., 12 gennaio 2012, n. 13.

(18) De Vergottini, *op. cit.*, p. 126-127.

(19) Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso ai precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, relazione al convegno della Fondazione Basso, 12 gennaio 2010; Groppi, *La circolazione della giurisprudenza canadese*, cit., p. 4, in cui si fa riferimento al caso della Gran Bretagna, in cui il problema dell'equilibrio fra *judicial review* e *supremacy of Parliament* si è posto in relazione allo *Humans Rights Act* del 1998 nei termini di limiti al controllo delle Corti sulle scelte del legislatore, la soluzione è stata trovata grazie al diritto straniero. I giudici inglesi hanno affermato che la giurisprudenza canadese può essere un utile elemento di raccordo fra la tradizione britannica della supremazia del Parlamento e la tutela dei diritti fondamentali di rango «costituzionale».

legge».[20]

Le regole e i principi sull'interpretazione e l'elaborazione teorica su di essi permettono, quindi, ad alcuni Stati di avere un atteggiamento più aperto nei confronti del diritto straniero. Non solo, le Corti proprio in virtù di queste tecniche più o meno avanzate di interpretazione, possono farne un uso consapevole, oggettivo ed utile nell'argomentazione delle proprie decisioni[21]. Solitamente, in contesti del genere il dibattito sui limiti al potere creativo dei giudici è più attenuato e non ha risvolti tanto apertamente politici di quanto non avvenga in altri Stati.

E' per questo che l'uso della comparazione si rivela particolarmente utile nell'interpretazione costituzionale o per la tutela dei diritti fondamentali, un criterio ermeneutico eccessivamente letterale può non essere utile quando si deve «dare efficacia ai diritti, ai valori ed agli standard espressi in una costituzione dato che essi evolvono nel tempo»[22].

Molto spesso, nel trattare il tema dell'uso del diritto straniero da parte della giurisprudenza, si fa riferimento a quelli che sono i valori comuni a più Stati, la cui presenza permetterebbe il dialogo fra le Corti[23]. La Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo possono essere un valido esempio per analizzare questo fenomeno: nelle proprie decisioni queste Corti non sono tenute a cercare necessariamente un minimo comune denominatore fra le diverse soluzioni adottate dagli Stati membri. Nel momento in cui elaborano principi giuridici, esse, piuttosto, scelgono le soluzioni migliori, quelle maggiormente in sintonia con lo spirito dei Trattati e con i fini che intendono perseguire[24].

(20) Markesinis, Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 27 ss..

(21) Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2007, I, p. 479-523.

(22) Decisone del *Privy Council, Charles Matthew vs. The State*, 2004, WLR 812, 543; Markesinis, Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 71; sul tema dell'uso del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali si veda l'esempio della *Canadian Charter of Rights and freedoms* del 1982, la giurisprudenza della *Supreme Court of Canada* ha assunto nel tempo una capacità fortemente «persuasiva» su altre Corti. Il modello canadese ha assunto un'importanza notevole sia nei processi di *costitution making* di altri Stati, sia riguardo al metodo di interpretazione costituzionale della *Supreme Court*, l'argomento è analizzato da Groppi, *op. ult. cit.*; Groppi, *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions, op. cit.*.

(23) Markesinis, Fedtke *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 80; un'opinione contraria sul punto è stata espressa da De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 140 ss..

(24) Markesinis, Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 87; sulla capacità di «integrazione» da parte della Corte di Strasburgo e sul suo essere «corte comparatista per eccellenza» pur senza un'automatica ed indiscriminata adozione di soluzioni straniere si veda Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista*, in *Giudici e diritto straniero. La pratica del*

È nella parte della motivazione in diritto delle sentenze che si svolge l'analisi comparativa: la comparazione diventa «momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio che serve a risolvere la questione (giudizio comparativo)»[25].

Sono stati soprattutto i giudici costituzionali a consentire una sempre maggiore circolazione di modelli giuridici, questa circolazione si differenzia da quella passata, affidata più al momento di formazione dei testi costituzionali che alla giurisprudenza, perché parte dal basso e perché è estranea al processo di decisione politica, avviene volontariamente da parte delle stesse Corti in base ad un nuovo metodo interpretativo basato sull'uso, nelle argomentazioni, anche del diritto straniero[26].

3. Il dialogo fra le Corti a livello globale

Al di là dell'uso giurisprudenziale della comparazione all'interno degli Stati, ad un livello superiore e trasversale, i giudici nell'«arena globale» hanno assunto un ruolo costituzionale, nel senso che essi definiscono verticalmente i rapporti fra i diversi ordini giuridici, nazionali ed internazionali, ed integrano orizzontalmente i sistemi regolatori settoriali[27]. Un dialogo fra giudici «fondato sul diritto, sulla motivazione ragionata e sulle decisioni si è instaurato all'interno dello spazio giuridico globale» nel quale convivono diversi ordinamenti, statali e non, capaci di produrre diritto[28]. Ci si è posti, allora, la questione se le Corti consentano lo sviluppo in questo spazio di un ordine giuridico globale. La presenza di giudici non nazionali al suo interno assume la dimensione di un fenomeno nuovo, nel quale le Corti regolano i rapporti fra gli ordinamenti posti su livelli diversi e, allo stesso tempo, producono norme in grado di colmare le lacune nel tessuto normativo di questi stessi regimi. In quella che viene definita arena globale manca un diritto generale nel quale operino principi, valori e regole connessi fra loro per mezzo di procedu-

diritto comparato, a cura di Markesinis, Fedtke, Bologna, 2009, p. 460 ss..

(25) De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 123.

(26) Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso ai precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, cit., p. 4 e ss..

(27) S. Cassese, *Diritto globale*, Torino, 2009, p. 139; S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

(28) S. Cassese, *Diritto globale*, cit., p. 151; A. Sandulli, *La Corte di Giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, in AA. VV., Milano, 2008, p. 189-210.

re, in essa vigono soltanto diritti speciali[29]. In questo spazio globale la formazione di un sistema giuridico per opera della giurisprudenza potrebbe sollevare la questione del suo deficit democratico, una soluzione al problema della legittimazione è il rispetto del principio di legalità, della *règle du droit*, nelle decisioni. Vi sono delle conseguenze: l'azione delle Corti corregge la specialità che caratterizza i sistemi regolatori internazionali, essi sono *self-contained* dal punto di vista normativo e, tuttavia, non vivono in uno spazio giuridico vuoto perché rispondono a principi generali che sono creati dai giudici. Le Corti svolgono un'opera costituzionale, danno unità al sistema e permettono che esso diventi un ordine giuridico, ma con degli inconvenienti che derivano dalla mancanza di un ordine gerarchico tra questi stessi organi giurisdizionali e con la conseguenza di conflitti interpretativi sul diritto applicabile che nessun giudice superiore potrà dirimere[30]. Un altro punto di debolezza di un sistema giuridico globale formato dalla giurisprudenza può derivare dall'assenza di una comunità politica rappresentativa e quindi dei necessari contropoteri in funzione di garanzia. Altro rischio è l'incompletezza del sistema. Fra i vantaggi vi è, invece, il continuo incrementarsi dell'ordine giuridico così creato. Inoltre, l'azione delle Corti consente il passaggio da conflitti ad accordi procedurali: l'obbligo reciproco di tener conto delle proprie decisioni e di dare ad esse un certo peso, cosicché il dialogo tra i giudici «fondato sul diritto e sulla motivazione ragionata delle decisioni presenta molti vantaggi rispetto alla formazione di un ordine creato dalla negoziazione degli Stati»[31].

Nell'«arena globale» si sono create nuove forme di potere che mettono in dubbio idee e concezioni tradizionali come quelle di sistema giudiziario e di democrazia che, forse, non possono più essere usate nel loro senso tradizionale per leggere questi fenomeni. I giudici creano principi e standard che permettono l'unificazione dell'ordine giuridico globale facendo uso dei principi del diritto internazionale generale, delle convenzioni, ovvero delle tradizioni costituzionali o legislative degli Sta-

(29) S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 143; da non dimenticare è il problema della soluzione dei c.d. «casi difficili» in cui i giudici devono prendere decisioni di carattere generale, colmare lacune o allontanarsi da proprie decisioni consolidate: SCHIEMANN, *Il giudice come comparatista*, in *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, a cura di Markesinis, Fedtke, Bologna, 2009, p. 483.

(30) S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 143; sul tema del diritto costituzionale globale uno dei primi studi è quello di ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Val. L. Rev.*, 1997, p. 83.

(31) S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 149-151; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 3, p. 609-626; DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali nel diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007.

ti[32], lo sguardo di questi ultimi aperto ad altri sistemi rafforza il proprio perché aumenta il numero delle soluzioni possibili e diverse ai problemi a cui rispondere, un forte dialogo fra le Corti attraverso la circolazione del diritto ad ogni livello è un dato positivo soprattutto per la tutela di quei valori che sono «per loro stessa natura, indivisibili e globali»[33].

Abstract

This paper is aimed to highlight some aspects of legal comparison undertaken by the Judiciary, namely, the practice of using foreign Law in order to resolve legal disputes. With this regard, a distinction should be pointed out between normative use of foreign law, and dialectical use, addressed to the interpretation of national law.

On one hand, the normative use of foreign law is connected with the sources of national legal system and also, with the feasibility that it becomes part of the domestic law. The European system of protection of fundamental rights, involving the European Court of Human Rights, the European Union, and the States thereof, is an example of the aforementioned use of foreign law.

On the other hand, by means of the dialectical use of foreign law, judges base their decisions on a critic comparison with the latter. Therefore, the outcome are new and different arguments for the judgement.

Finally, at a global level, the «communication» between Courts allows the unification of the global order through the legal comparison.

(32) S. Cassese, *op. ult. cit.*, p. 152.

(33) Rozakis, *op. ult. cit.*, p. 466.; Schiemann, *op. ult. cit.*, p. 483.

L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico

Daniele Rivieccio
Dottorando di ricerca in Diritto dei contratti
nell’Università degli Studi di Cagliari

Sommario: 1. L’approccio metodologico alla comparazione giuridica cenni. – 2. Applicazione necessaria ed istituzionale del metodo comparatistico. – 3. L’Applicazione facoltativa e culturale. I principali ostacoli all’applicazione del metodo comparatistico nella giurisprudenza italiana. – 4. Analisi casistica delle decisioni giurisprudenziali.

1. L’approccio metodologico alla comparazione giuridica. Cenni

Nel preliminare approccio alla presente trattazione è opportuno esaminare il contenuto semantico della accezione *comparazione giuridica* che *prima facie* richiama, secondo il pacifico orientamento della dottrina, attività di contenuto diverso, aventi, come è ovvio, un collante rinvenibile nello studio del diritto straniero[1].

L’evoluzione storica del pensiero giuridico, infatti, è connotata da un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sullo scopo dell’attività comparatistica, che, segnatamente con l’avvento del fenomeno della globalizzazione, ha assunto crescente rilievo ed attualità derivanti dall’incremento dei sistemi giuridici che sono venuti a contatto con il nostro ordinamento.

(1) Secondo Rescigno P., *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere,* in *Modalità e tecniche della comparazione giuridica* diretto da Alpa, Milano, 2006, p. 6, la comparazione, intesa come metodo, serve alla studioso non soltanto per acquisire nuove conoscenze ed assumere informazioni più ampie, ma anche per operare un confronto tra soluzioni divergenti ovvero coincidenti di ordinamenti diversi. In tale ottica, secondo l’autore, il tema specifico è dato dall’applicazione di istituti e regole che provengono da altri ordinamenti. Si tratta, quindi, di un tema che senza ombra di dubbio è divenuto di crescente attualità con l’avvento del fenomeno della globalizzazione, che, sia pure nell’ambito della tradizionale dicotomia tra sistemi di *common law* e di *civil law*, determina l’incontro di culture diverse. Si ponga mente, ad esempio, ad alcuni istituti quali il ripudio o la poligamia nell’ambito del diritto di famiglia ovvero all’incontro nell’ordinamento italiano tra diritto civile e diritto canonico, recepito nel diritto positivo.

Più precisamente, per un verso si è evidenziato un approccio metodologico c.d. epidermico[2] che, senza eseguire una vera analisi, si limita ad operare superficialmente un confronto del diritto interno con gli istituti stranieri cogliendo i profili di simiglianza e differenziazione[3]. In tale ottica la comparazione giuridica si prefigge necessariamente di conseguire una migliore conoscenza dei dati giuridici, là dove il perseguimento di finalità ulteriori, quali, ad esempio, la promozione del modello legale migliore, rappresentano un fine eventuale[4].

Per altro verso, è emerso un orientamento diametralmente opposto che tende a calarsi integralmente nel diritto straniero, pervenendo ad esiti ricostruttivi non molto dissimili da quelli immanenti a quest'ultimo.

Infine, giova segnalare un approccio intermedio che, muovendo dallo studio del diritto straniero, persegue un miglioramento del proprio diritto tramite la promozione del progresso economico e sociale degli stati, della costruzione e dell'incremento dei rapporti pacifici nonché della costruzione del dialogo tra i cultori delle diverse scienze sociali. Il tutto rifuggendo da categorie astratte.

2. Applicazione necessaria ed istituzionale del metodo comparatistico

Ad ogni buon conto, pur muovendo da una differente ricostruzione funzionale del fenomeno, la dottrina comparatistica ha riscontrato in linea di massima nelle decisioni giurisprudenziali due modelli fondamentali caratterizzati dalla circostanza che il giudice si confronta con il diritto straniero[5].

(2) La distinzione è di VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica,* Milano, 2004, p. 14.

(3) La tesi è sostenuta da SACCO, *Introduzione al diritto comparato in Trattato di diritto comparato,* I, Torino, 1992, p.12 ss., secondo il quale lo scopo della scienza comparatistica, come di tutte le scienze, consisterebbe semplicemente nell'incremento delle conoscenze che attengono alle differenze ed alle somiglianze tra ordinamenti.

(4) In tal senso, GAMBARO, MONATERI , SACCO, *Comparazione giuridica,* (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 51 ss. Nel solco di tale impostazione gli autori enunciano altri due principi cardinali. Il primo consiste nella identificazione della comparazione quale scienza empirica che, alla stregua delle scienze storiche ed in contrapposizione alla dogmatica, polarizza l'attenzione sui vari fenomeni giuridici concretamente realizzatisi nel passato e nel presente. Il secondo, invece, nella precisazione che non si ha comparazione sin quando ci si limita ad un mero interscambio culturale ovvero ad un'esposizione parallela dei principi esplicitati nelle diverse aree.

(5) Rileva opportunamente ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere Modalità e tecniche della comparazione giuridica,* Milano, 2006, p. 41, che le sentenze connotate da

Il primo è quello della c.d. applicazione necessaria ed istituzionale, connotata dalla circostanza che il giudicante è tenuto ad applicare il diritto straniero, atteso che la fattispecie posta alla sua cognizione presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno[6].

La dottrina non ha mancato di evidenziare che questo primo gruppo di decisioni denota un approccio diffidente al metodo comparativo, atteso che astenendosi dal formulare giudizi di valore o di opportunità, la giurisprudenza non va oltre l'analisi superficiale del testo normativo[7].

Si pensi, ad esempio, alla applicazione delle norme di diritto internazionale privato c.d. in senso stretto[8] di cui alla l. 31 maggio 1995 n. 218 che, come è noto, regolamentano i conflitti tra regole di diritto materiale di ordinamenti diversi[9].

Del pari si ponga mente agli accordi internazionali che prescrivono l'interpretazione uniforme delle norme di diritto internazionale privato[10], quali, ad esempio, la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali[11] e la Convenzione

un uso giurisprudenziale della comparazione giuridica sono probabilmente molte di più di quelle che si riesce faticosamente a rintracciare. Il sistema di massimazione delle pronunce e, quindi, della loro classificazione e circolazione in abito accademico e professionale, è infatti fondato sulla *ratio decidendi*, laddove la citazione della sentenza straniera rientra nella maggioranza dei casi nell'alveo degli *obiter dicta*. Necessiterebbe, quindi, osserva l'autore, una lettura integrale delle migliaia di pronunce depositate ogni anno dal Supremo Collegio e dalle corti di merito.

(6) Sul punto, SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, diretto da Visintini, Milano, 2001, p. 12. ss.

(7) È il caso dell'applicazione della disciplina vigente in tema di diritto internazionale privato, ove l'unica eccezione rinvenibile è costituita dalle ipotesi in cui il giudice pone in essere un'attività di verifica della compatibilità delle norme internazionali con il principio dell' ordine pubblico di diritto interno. Sul punto, VIGORITI, *op. cit.*, p. 16, secondo il quale necessiterebbe una lettura integrale delle migliaia di pronunce che ogni anno il Supremo Collegio e le corti di merito riescono a depositare.

(8) Sul punto, SOMMA, *op. cit.,* p. 13, il quale osserva che le stesse ipotesi possono essere riguardate alla luce delle norme che si riferiscono alla giurisdizione nonché al riconoscimento ed alla esecuzione delle decisioni.

(9) In tale ottica, come si evince dal tenore dell' art.15, l. 31 maggio 1995, n. 218, «*la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione*». L'unico limite è rappresentato dal principio dell'ordine pubblico interno contenuto all'art. 16 in forza del quale «*la legge straniera non è applicabile se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*». Sul punto, SOMMA, *op. cit.*, p. 8 ss.

(10) Tali accordi, come osservato dalla dottrina, preludono ad ottenere esiti ermeneutici autonomi.

(11) L'art. 18 della convenzione recita «*Nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate ed applicate in modo uniforme*».

di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili(12). In altre occasioni, infine, la giurisprudenza, collocandosi in una prospettiva marcatamente istituzionale, analizza il diritto degli stati membri della U.E., nell'alveo dell'applicazione necessaria(13), ovvero facoltativa(14) del diritto comunitario(15).

3. Applicazione facoltativa e culturale. I principali ostacoli all'applicazione culturale del metodo comparatistico nella giurisprudenza italiana

Nel secondo modello di decisioni, invece, il giudice fa spontaneamente ricorso all'uso complementare della comparazione quale scelta culturale ed ermeneutica al fine di dare sostegno all'interpretazione di quello italiano. In questa sede, infatti, il giudice nazionale adopera il dato normativo non italiano in fattispecie prive di elementi di estraneità di talchè l'applicazione del diritto straniero è posta in essere non in adempimento di un dovere istituzionale, ma per trovare elementi di sostegno ovvero di contrasto con l'interpretazione delle norme di diritto interno che si accinge a formulare(16).

(12) L'art. 7 della convenzione *de qua* stabilisce che «*l'interprete deve aver riguardo al suo carattere internazionale ed alla necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione*». Vengono in considerazione, infine, le convenzioni specifiche di settore quali, ad esempio, la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1995 in tema di *trusts*.

(13) Si ponga mente ai regolamenti ed alle direttive dettagliate.

(14) Si pensi alle direttive non dettagliate che necessitano un atto normativo di recepimento del legislatore nazionale per entrare nel nostro ordinamento

(15) In questa sede, come opportunamente rilevato dalla dottrina, la pressione del legislatore europeo, unitamente a quella operata dalla Corte europea di giustizia tramite il meccanismo della pregiudiziale, favorisce un circolo virtuoso di interscambio culturale tra gli membri della U.E.

(16) In questa sede l'analisi delle pronunzie giurisprudenziali ha evidenziato come si vedrà meglio *infra*, una linea di tendenza connotata dalla prevalenza, al di là di un mero ossequio formale, di un uso residuale e surrettizio della comparazione. In tale ottica, la dottrina, nel descrivere il fenomeno, fa spesso ricorso all'espressione *uso clandestino della comparazione*. Sul punto, VIGORITI, *op. cit.*, p. 20. In alcune occasioni la giurisprudenza non ha mancato di esprimere aperta contrarietà ad elaborazioni non fondate unicamente sul diritto interno. È il caso di Cass. SS.UU., 25 giugno 2001, n. 874, 4 in *Riv. arb.*, 2002, p. 513; *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1272, che chiamata a pronunziarsi sulla natura dell'arbitrato ha rifiutato di considerare le esperienze straniere osservando che l'esegesi di istituti dell'ordinamento nazionale non può essere condotta a parametro di norme straniere che disciplinano pur corrispondenti istituti.

Tanto premesso, giova evidenziare che il ricorso spontaneo alla comparazione riveste nel nostro sistema un rilievo residuale(17), a differenza di quanto accade in ambito europeo ove si presenta tutt'altro che sporadico.

Tale differenza è stata spiegata in dottrina evidenziando primariamente la circostanza che nel nostro ordinamento sussistono barriere linguistiche che, ostacolando la comprensione del testo straniero, impediscono la circolazione delle decisioni. Del pari si è posta in rilievo la presenza di vincoli stilistici alla motivazione delle sentenze che non consentono di cogliere appieno tutti i passaggi logico argomentativi della decisione(18).

Ad ogni buon conto deve osservarsi che una posizione baricentrica nell'approccio dottrinale al tema è ricoperta dall'analisi delle strettoie formali rinvenibili nel sistema delle fonti nazionali, ed in particolare, della disposizione di cui all'art. 12 d. prel. c.c. Quest'ultima, infatti, costituisce, benché non sia contenuta in una fonte di rango costituzionale, un' autentica pietra angolare del sistema che delinea una scansione gerarchica tra il ricorso all'analogia e l'applicazione dei principi generali che, come è noto, costituiscono i criteri di interpretazione della legge consentendo di colmare le lacune del nostro ordinamento.

La disposizione *de qua*, infatti, recita al primo comma che «*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*».

Il secondo comma, invece, enuclea il principio in forza del quale «*se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato*», elaborando, quindi, dei criteri che consentono di risolvere in modo univoco quelle opzioni interpretative rimaste incerte sulla base dell'applicazione dei criteri enucleati al primo comma.

(17) Si pensi ad ordinamenti tradizionalmente aperti quali quelli *common law*, ove il ricorso alla comparazione giuridica è tutt'altro che eccezionale. Del pari possono rammentarsi i riferimenti comparatistici contenuti nelle sentenze tedesche i quali non sono necessariamente circoscritti all'indicazione delle fonti normative, atteso che non sussiste in quell'ordinamento alcun divieto di citazione della dottrina. Ne deriva che gli autori stranieri vengono citati perfino in tema di interpretazione di un istituto tipicamente germanico quale il negozio giuridico.

(18) Si ponga mente, ad esempio, al divieto di citare gli autori giuridici enucleato all'art. 118 disp. att. c.p.c. Sul punto Somma, *Le corti italiane e l'uso complementare dei modelli normativi extratestuali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario* in *Uso complementare della comparazione*, Milano, 2004, p. 32 ss. L'Autore menziona la decisione del Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.* 1990, I, 2, c. 296, contenente riflessioni dedicate ad una sentenza statiunitense invocata in quanto poco prima pubblicata e tradotta in una diffusa rivista italiana. Il tutto peraltro recependo le stesse riflessioni operate dall' annotatore italiano del provvedimento straniero.

È sorta una ricca fioritura di opinioni intorno alla ricostruzione esegetica delle due norme ed, in particolare, sui riflessi di tale ricostruzione nell'uso giurisprudenziale della comparazione.

Giova infatti evidenziare, che, come osservato da autorevole dottrina, la formula adoperata dal legislatore del '42, nel suo tenore letterale, è un chiaro indice rivelatore di una *ratio legis* diretta a realizzare un sistema chiuso, conservando la nostra tradizione giuridica tramite l' interposizione di un ostacolo insuperabile all'uso della giurisprudenza straniera(19).

Secondo un primo orientamento(20), di matrice restrittiva, il riferimento all'analogia ed ai principi generali dell'ordinamento, precluderebbe l'utilizzo del diritto straniero per la soluzione di controversie nazionali prive di elementi di estraneità. In tale ottica, polarizza l'attenzione sul secondo comma della disposizione in commento, osservando che l'espressione «*principi generali dell'ordinamento*» pur essendo amplissima, è, comunque, inequivocabilmente ancorata alla nostra tradizione giuridica, come si evince dal confronto con la formulazione «*principi generali di diritto*» adottata dal previgente art. 3 del c.c. del 1865. Quest'ultimo, infatti, lasciava supporre che l'interpretazione delle leggi potesse avvenire facendo riferimento a leggi straniere ritenute di applicazione generalizzata(21).

In tale ottica, il metodo storico, ancorato sulla nostra tradizione giuridica ed in larghissima parte al diritto romano, dovrebbe essere preferito a quello tecnico giuridico, privilegiato dalla dottrina tedesca nell'ultimo cinquantennio.

Ciò nondimeno la lettura della norma in chiave storica e conservatrice si presenta recessiva. L'evoluzione interpretativa dell'art. 12 d. prel. c.c. ha evidenziato, infatti, un suo progressivo svuotamento nonché logoramento, legato in parte anche all' apertura del nostro ordinamento a nuove fonti sovranazionali(22). In tale ottica è prevalsa una tendenza

(19) In tal senso, RESCIGNO P., *op. cit.,* p. 8, il quale osserva che l'atteggiamento statalista del legislatore del '42 trova spiegazione nella necessità, avvertita all'epoca dell'emanazione del codice vigente, di preservare la nostra cultura giuridica dalla *contaminatio* proveniente dall'ordinamento del principale alleato politico e militare dell'epoca, la Germania, che si accingeva ad emanare un codice popolare assiso su nozioni ed una metodologia di ragionamento agli antipodi rispetto alla nostra concezione del diritto.

(20) In tal senso MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della corte di cassazione,* in *Giur. it*, 1993, IV, c. 489.

(21) Secondo l'autore tale assunto trarrebbe parimenti conforto dalla *Relazione al re* in forza della quale il termine ordinamento «*risulta comprensivo nel suo ampio significato oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'ordinamento politico (legislativo e statuale e della tradizione scientifica nazionale) con esso concordante*».

(22) Si ponga mente, a titolo esemplificativo, ai regolamenti. In tal senso, RESCIGNO P., *op. cit.,* p. 8.

dottrinale verso una concezione del diritto civile in chiave extrastatuale, in antitesi alle tradizionali regole codicistiche di interpretazione ed applicazione del diritto, che, quantunque non recepite nella costituzione, hanno assunto (ed assumono comunque tutt'ora) un ruolo fondamentale nella connotazione del nostro sistema(23).

Tale assunto trova conforto in quell'indirizzo dottrinale che, nel solco delle tesi elaborate dalla dottrina comparatistica tedesca sul finire degli anni '40(24), propugna una tesi elastica ed estensiva valorizzando su un piano formale la circostanza che l'art. 12 d. prel. c.c. contiene un espresso riferimento allo *Stato* quando menziona i principi ma non allorquando fa riferimento all'analogia(25).

Seguendo tale impostazione, l'indirizzo in commento giunge alla conclusione che per colmare le lacune dell'ordinamento, è necessario avere riguardo in prima battuta alle norme interne che regolamentano fattispecie analoghe, ed, in via sussidiaria, qualora la lacuna(26) permanga, alle disposizioni ed alle materie analoghe di un altro ordinamento.

L'applicazione della *lex alieni loci* costituisce pertanto una forma particolare di analogia, che, sul piano etimologico, richiama il concetto di accertamento del diritto straniero inteso come verifica della comparabilità e trasposizione di una soluzione nell'ordinamento nazionale.

Seguendo tale impostazione(27), quindi, il ricorso al diritto straniero assumerebbe in definitiva un rilievo prioritario rispetto ai principi generali i quali non rivestirebbero il ruolo di fonte di chiusura dell'ordinamento interno, ma troverebbero applicazione, quale *extrema ratio*, allorquando sia fallito anche il ricorso al diritto straniero.

(23) Si veda ancora RESCIGNO P., *op. cit.,* p. 9, secondo il quale questa linea di tendenza evidenzia come il diritto privato denoti una chiara vocazione extrastatuale ed abbia origini e fonti che precedono lo Stato, in guisa che si è evoluto, nel nostro ed in altri ordinamenti, quale portatore di necessità e regole che travalicano gli stretti confini dei diritti positivi nazionali.

(24) Come osserva SOMMA, *op. cit.,* p. 30, tale soluzione rieccheggia quanto affermato dal codice civile svizzero al §1 in forza del quale «*Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e in difetto di questa secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*». Rileva tuttavia RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 10, che la verifica concreta dell'esperienza della Confederazione elvetica rivela una scarsa applicazione nella prassi giudiziale dell'originale previsione del giudice – legislatore.

(25) Tale assenza non sarebbe casuale atteso che l'indagine storica sui precedenti storici dell'art. 12 d. prel. c.c. testimonia la pratica del ricorso alla *lex alieni loci* in sede analogica. Sul punto, MONATERI, SOMMA, in *Alien in Rome*, *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, c. 49.

(26) Quest'ultima investe non una singola legislazione di settore, ma l'ordinamento nel suo complesso.

(27) Sul punto, MONATERI, SOMMA, *loc. ult. cit.*

Altra parte della dottrina, infine, si colloca in una posizione intermedia riconoscendo per un verso la validità del metodo storico, atteso che non è possibile conoscere il significato sociale di una norma se non riportandola al suo tempo ed esaminandola alla stregua delle esigenze economiche politiche e morali di quella età. Per altro verso evidenzia la circostanza che parte dei principi contenuti nei nostri codici traggono origine da leggi straniere(28) (segnatamente dalla legge francese belga e tedesca).

4. (Segue) Casistica delle decisioni emanate in ambito civilistico

Giungendo all'analisi casistica delle decisioni emanate dalla giurisprudenza italiana, giova evidenziare preliminarmente che il rilievo della comparazione giuridica nelle pronunce dei nostri giudici, quantunque, come è stato opportunamente rilevato in dottrina, denoti nuovi fermenti e maggiore vivacità rispetto al passato(29), si presenta ancora condizionato da un substrato culturale connotato sorta di «*horror alieni iuris*»(30).

Tale diffidenza parrebbe trovare spiegazione, secondo parte della dottrina(31), oltre, ovviamente, nelle già menzionate strettoie di ordine formale che connotano il sistema delle fonti nazionali, in una cronica disattenzione dei magistrati e degli avvocati italiani a quanto avviene all'estero, nonché nella consapevolezza che un' argomentazione fondata sul diritto interno riveste maggior forza di un' argomentazione fondata sul diritto straniero.

Tanto premesso, elaborando una classificazione convenzionale delle decisioni dei nostri giudici, basata sul differente approccio al metodo comparatistico, deve rinvenirsi preliminarmente una consistente serie di pronunce in cui l'uso di modelli normativi extrastatuali si presenta, secondo una definizione invalsa in dottrina, superfluo o esornativo(32). In

(28) Sul punto, D'Amelio, *Disposizioni sull'applicazione della legge in generale,* in *Codice civile. Commentario*, I, Firenze, 1940, I, p. 24.

(29) In tal senso, Alpa, *op. cit.*, p. 38, il quale evidenzia il progressivo aumento del numero delle sentenze che contengono anche fugaci riferimenti a casi stranieri, sebbene insufficiente rispetto all'imponente uso della comparazione giuridica operato dai giudici tedeschi ed al diffuso impiego della comparazione posto in essere dai giudici inglesi (in particolare dalla *House of Lords*).

(30) Sul punto, Somma, *op. cit.*, p. 16.

(31) In tal senso, Somma, *op. cit.,* p. 64 ss.

(32) In tal senso, Somma, *ibidem;* Smorto, *Diritti nazionali e comparazione,* in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 228.

tale ottica, quindi, si risolve in un mero sfoggio di erudizione, connotato da riferimenti terminologici al diritto straniero che non incidono sulla *ratio decidendi*.

Tale approccio emerge, ad esempio, in una nota decisione emanata dai giudici di legittimità in tema di responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi.

In quella occasione il Supremo Collegio[33] osservava che per il corretto svolgimento dei rapporti contrattuali era necessario che il compratore potesse fare affidamento con ragionevole certezza sulla diligenza ed onestà del venditore, ovvero che quest'ultimo avesse scelto la sua merce con competenza professionale, avesse accertato quantomeno l'inesistenza di gravi difetti ed avesse «*acquistato il prodotto giusto da un "buon fabbricante", secondo l'efficace espressione che si legge in una nota decisione dell'alta corte di giustizia britannica (Caso Grant/Australian Knitting Mills Ld) relativa alla vendita di maglie di lana che provocano allergia se indossate sulla pelle nuda*».

Parimenti tale impostazione è evincibile in un' altra pronuncia del Supremo Collegio, emanata in tema di responsabilità extracontrattuale per i danni subiti dai familiari della vittima di un fatto illecito.

Il Supremo Collegio[34] evidenzia, in un passaggio della motivazione, che poteva «*oramai ritenersi acquisito, dalla coscienza sociale e dalla esperienza giurisprudenziale, il dato della ammissibilità sulla base del disposto dell'art. 1223 c.c. richiamato dall'art. 2056 della risarcibilità della lesione dei c.d. diritti riflessi (o di rimbalzo secondo l'incisivo appellativo utilizzato dalla dottrina francese) di cui siano portatori soggetti diversi dalla vittima iniziale del fatto ingiusto altrui*».

È di palmare evidenza che nelle fattispecie in commento il riferimento al diritto straniero contenuto nella motivazione è pleonastico, non rispondendo ad alcuna necessità di colmare le lacune dell'ordinamento.

(33) Cass. 3 agosto 1991, n. 9277, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 449. La pronunzia affronta il tema della responsabilità ex art. 1494 c.c. del fornitore di prodotti chiusi e sigillati (si trattava di un caso di fornitura difettosa di mangime non adatto all'alimentazione dei vitelli) che abbia omesso di operare gli opportuni controlli a campione o periodici in adempimento degli obblighi di cui agli artt. 1476 n. 3 e 1490 c.c.

(34) Cass., 7 gennaio 1991 n. 60,; *Giust. civ.* 1991, I, p. 3019; *Arch. giur. circol. e sin.*, 1991, p. 302, *Foro it.*, 1991, I, c. 459. Il Supremo Collegio afferma il principio in forza del quale i danni indiretti subiti dai familiari della vittima, essendo un riflesso dei danni cagionati a quest'ultima, possono essere risarciti unicamente se si presentano collegati con l'evento lesivo secondo una serie ordinata di cause ed effetti ed un nesso causale lineare e diretto. Nel caso di specie veniva negato al marito il risarcimento del danno conseguente al volontario pensionamento anticipato, richiesto per poter assistere la moglie che aveva riportato lesioni in un incidente automobilistico.

La decisione è infatti incardinata sull'applicazione delle norme di diritto interno(35).

Maggiore interesse destano, invece, quelle pronunce che, secondo una classificazione oramai invalsa in dottrina adoperano un uso c.d. risolutivo(36) del metodo comparatistico servendosi dell'individuazione del modello straniero per la corretta soluzione del caso concreto. In tale ottica in talune occasioni pongono in essere un utilizzo costruttivo ed in altre distruttivo(37) del metodo comparatistico, perseguendo rispettivamente finalità di evoluzione ovvero di conservazione del nostro ordinamento.

Le decisioni che fanno un uso costruttivo, ovvero, secondo altra definizione, dialettico o problematico(38) del metodo comparatistico, perseguono con diverse sfumature lo scopo di fornire all'interprete paradigmi di ragionamento giuridico, consentendogli di formulare argomenti di tipo empirico circa le conseguenze di una data soluzione. Ciò al fine di sostenere soluzioni interpretative che si pongono in contrasto con il tenore letterale di norme giuridiche ovvero con schemi invalsi in dottrina o nella prassi applicativa(39).

Questo modulo di approccio alla comparazione si evidenzia, in particolare, nel settore della responsabilità extracontrattuale che, secondo la *communis opinio* si presta più di altri settori dell'ordinamento privatistico ad uno scambio di esperienze(40). In tale ambito, infatti, la

(35) Non è tuttavia mancato in dottrina chi ha evidenziato la portata significativa del riferimento alla terminologia francese ai *dommages par ricochet,* atteso che fino al quel momento era stato prevalente il riferimento alla terminologia di derivazione tedesca, anche per l'estrema analiticità con cui era trattata la tematica dei danni indiretti in quell'ordinamento. In tal senso, TEDESCHI GARDELLA, in *Assistere la moglie, meglio pagare l'infermiera (nesso causale e danno mediato del marito)*, in *Giur. it.*, 1991, c. 1193.

(36) In tal senso, ALPA, *op. cit.*, p. 42. L'Autore identifica altresì un gruppo di decisioni connotate da un uso erroneo della comparazione giuridica. Si tratta, più precisamente, di quelle decisioni che adoperano impropriamente istituti e modelli stranieri sulla base di un equivoco, c.d. *misunderstanding,* che, tuttavia, non incide sulla *ratio decidendi* della pronuncia in guisa che, anche se fosse stato evitato, la decisione del caso sarebbe stata la medesima. A titolo esemplificativo l'autore menziona il fraintendimento del termine inglese *good faith,* al quale i giudici italiani attribuiscono impropriamente il significato di buona fede e correttezza proprie della nostra tradizione giuridica.

(37) In tal senso, SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti,* in *Il giudice e l'utilizzo delle sentenze straniere* a cura di Alpa, *cit.*, p. 103. L'Autore designa con tali criteri classificatori le contrapposte tendenze giurisprudenziali ad adoperare la comparazione giuridica in chiave di volta in volta conservativa ovvero evolutiva dell'ordinamento.

(38) In tal senso, SMORTO, *loc. ult. cit.*

(39) In tal senso, SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 102.

(40) In tal senso, RESCIGNO P.*, op. cit.*, p. 10, il quale osserva che nei settori della respon-

giurisprudenza ha avviato un processo di armonizzazione spontanea del diritto europeo, elaborando soluzioni interpretative c.d. solidaristiche indirizzate alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo di rilievo costituzionale. Il tutto travalicando quel processo di armonizzazione di matrice liberista[41] incentivato dalle istituzioni comunitarie nell'ambito dei diritti patrimoniali[42].

Giova tuttavia evidenziare che nei settori c.d. tecnici della responsabilità civile è emerso un atteggiamento di maggiore prudenza evincibile da un utilizzo surrettizio del metodo comparatistico, mediato da un rinvio formale ai contributi della dottrina nazionale. Il tutto favorendo, comunque, l'evoluzione dell'ordinamento interno tramite un uso extrastatuale della comparazione.

Si ponga mente, ad esempio, ad una pronuncia emanata dal Supremo Collegio[43] in tema di danni cagionati da cose in custodia ex art. 2051

sabilità aquiliana, della responsabilità professionale ed, in particolare, della responsabilità medica, non soltanto è possibile scoprire analogie di proposta, ma anche affinità ed identità di soluzioni. Parimenti lo stesso fenomeno si registra allorquando ci si muove nell'area del contratto, esaminando, in particolare, i temi della buona fede, della rimozione e della attenuazione delle disuguaglianze, nonché la c.d. giustizia contrattuale.

(41) Sul punto, SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *cit.*, p. 44.

(42) Come è noto, è stato riscontrato in dottrina l'avvio di un processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, consistente in un recupero della c.d. prassi applicativa transnazionale che non sarebbe, quindi, un mero retaggio del passato, ma un fenomeno *in itinere* del nostro tempo. In tale ottica è stata propugnata in dottrina, muovendo dal ruolo che le giurisdizioni statali dovrebbero svolgere nell'alveo del procedimento di unificazione, l'introduzione di una specifica disposizione che sancisca il dovere del giudice di considerare la giurisprudenza degli altri paesi dell'Unione europea. Il tutto andando così oltre le disposizioni contenute nei vari testi uniformi che, in termini più o meno decisi, richiamano l'attenzione dell'interprete sull'uniformità interpretativa ed applicativa quale finalità da perseguire. Sul punto RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti,* in *Riv. dir. civ.,* 2000, II, p. 727. In giurisprudenza si veda C. Cost., 22 novembre 2002, n. 469 in *Foro it.,* 2003, c. 331. Il Supremo Collegio nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis* c.c., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, osserva in un passaggio della motivazione che *«di particolare rilievo ai fini della armonizzazione delle legislazioni è anzitutto il dato che nella normativa di numerosi paesi membri dell'Unione europea la definizione di consumatore è ristretta alle sole persone fisiche che agiscono per scopi non professionali; la medesima definizione ricorre anche nel progetto di codice civile europeo, in fase di elaborazione, nel quale è rigorosamente definito consumatore colui che agisce al di fuori della attività economica. La predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuati in base a modelli di tutela uniformi, consente una semplificazione dei rapporti giuridici tra i cittadini dei diversi paesi aderenti all'Unione europea e costituisce di per se sola un'idonea ragione di politica legislativa a sostegno della scelta di restringere la nozione di consumatore, effettuata dal legislatore con l'attuazione della direttiva comunitaria 93/13».*

(43) Cass., 20 maggio 1998, n. 5031, in *Giust. civ.,* 1998, I, p. 2501.

c.c., che, superando l'orientamento giurisprudenziale vigente fino a quel momento, ha ascritto la fattispecie nel *genus* della c.d. responsabilità oggettiva.

In un passaggio della motivazione emerge, in particolare, che «*seguendo l'orientamento della giurisprudenza francese»,* il Supremo Collegio ha mutuato il concetto di «*presunzione di responsabilità e non di presunzione di colpa*»[44], in forza del quale la disciplina del danno cagionato da cose in custodia non trova applicazione «*qualora sia fornita la prova del ruolo meramente passivo della cosa».*

Del pari è opportuno menzionare una nota pronuncia di legittimità[45] che ha ricostruito il rapporto intercorrente tra il medico, dipendente di una struttura sanitaria ed il paziente quale rapporto contrattuale di fatto, ovvero da c.d. contatto sociale, applicandovi la disciplina contrattuale.

In quell'occasione il Supremo Collegio aderiva per un verso all'orientamento dottrinale di diritto interno che inquadrava la fattispecie *de qua* nel *genus* delle c.d. «*obbligazioni senza prestazione ai confini tra contratto e torto*»[46].

Per altro verso supportava la propria motivazione con un esplicito riferimento «*a quei rapporti che secondo la previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale talvolta grazie al semplice contatto sociale secondo l'espressione che risale agli scrittori tedeschi*»[47].

A questo punto vale la pena di osservare che la giurisprudenza adopera il metodo comparatistico con maggiore audacia, elevandolo a passaggio fondamentale della motivazione, allorquando vengono in rilievo questioni etiche[48] che, per loro stessa natura, sono permeate da esi-

(44) Il Supremo Collegio afferma, quindi, di avere mutuato la terminologia dalla giurisprudenza francese formatasi sull'art. 1384 code nap.

(45) Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p.441 ss., con nota di Di Majo.

(46) Si veda Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, XXVIII, Milano, 1995, p. 147, 240 ora in Id., *La nuova responsabilità civile,* Milano 1997, p. 177 ss. Seguendo tale impostazione il Supremo Collegio osserva che l'art. 1173 c. c., annoverando tra le fonti delle obbligazioni il contratto, il fatto illecito ed *ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*, consente di introdurvi fattispecie che travalicano le singole proposizioni legislative. Sul punto si veda Castronovo, *op. cit*, p. 147 ss.

(47) La teoria è stata formulata da Larenz, in *Lehrbuch des Schuldrechts* . Seguendo tale indirizzo nell'alveo del rapporto obbligatorio accanto agli obblighi di prestazione (*Leistungsplichten*) si collocano anche gli obblighi di comportamento (*Vehrhaltens – plichten*) non finalizzati almeno direttamente alla prestazione.

(48) In tale senso su tutti Smorto, *op. cit.*, p. 226, il quale a sostegno del proprio assunto

genze solidaristiche di tutela dell'individuo. Tale rilievo trova peraltro conferma anche quando la giurisprudenza pone in essere un uso della comparazione c.d. distruttivo, diretto a sostenere schemi di ragionamento in un' ottica di conservazione del nostro ordinamento.

Si ponga mente, ad esempio, ad una nota decisione di merito emanata in tema di contratto oneroso atipico c.d. di affitto dell'utero, ad esito di un giudizio introdotto con una domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegna del neonato, esperita dai committenti nei confronti della madre c.d. portante. In tale occasione il Tribunale di merito rigettava la domanda, muovendo da alcune considerazioni dedicate alle soluzioni accolte nelle esperienze di *common law*(49).

Parimenti la giurisprudenza ha adoperato manifestamente l' approccio comparatistico, questa volta in chiave evolutiva dell'ordinamento, in una recente decisione emanata nel 2009(50) dalla Corte di Cassazione che affronta *ex professo* la questione della capacità giuridica del nascituro.

In tale occasione i giudici di legittimità hanno rilevato che il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale ha determinato l'avvio di un processo di c.d. depatrimonializzazione e decodificazione del diritto privato, là dove il processo di decodificazione ha segnato il venir meno di una previsione di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo(51).

menziona oltre a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ. Mass.* 2007, p. 10 (sul c. d. "caso Englaro") anche C. Cost., 24. maggio 1985, n. 161, in *Foro it.* 1985, c. 2162 (sullo stato civile del transessuale) e Cass., 29 luglio 2004, n. 14488 in *Giust. civ.,* 2005, 1, I, p. 121 con nota di Giacobbe; *Giust. civ.* 2005, 10, 2403 con nota di Famularo, sull'omessa diagnosi medica delle malformazioni del nascituro.

(49) Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 296 ss., sulla liceità dei contratti di gestazione per conto altrui. Le conclusioni del giudice di merito sono precedute da alcune considerazioni sull' esperienza della legislazione inglese «che vieta e punisce penalmente (*on a commercial basis) lo sfruttamento a fini di lucro della pratica c.d. surrogatoria, mentre tollera come non illegale (is it not a contravention) qualunque attività posta in essere anche dietro corrispettivo, dagli stessi diretti interessati in vista di un accordo di surrogazione*».

Parimenti, osserva il giudicante, nell'esperienza giuridica statunitense si segnalava un orientamento giurisprudenziale che, pur oscillando in ordine ala validità di tali schemi negoziali, perveniva alla conclusione di affidare la neonata al padre biologico ed alla moglie di quest'ultimo, muovendo dall'interesse del nascituro ad entrare a far parte di una famiglia che potesse assicurargli il maggior benessere.

(50) In tal senso, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741. *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, 2063, con nota di Gorgoni; *Giust. civ. Mass.* 2009, 5, 748, *Guida dir.*, 2009, n. 31, p. 49, con nota di Castro. Il Supremo Collegio era stato investito della questione relativa alla sussistenza della capacità giuridica del nascituro, presupposto necessario per configurare direttamente nei suoi confronti un' obbligazione risarcitoria in capo al sanitario inadempiente agli obblighi di informazione sugli effetti collaterali di una terapia farmacologia somministrata alla gestante .

(51) Contestualmente al subentro di nuove fonti quali primi tra tutti i principi costituzio-

Quello di depatrimonializzazione, invece, ha determinato l'acquisto di una posizione di centralità dell'individuo, titolare *uti singulo* e nelle formazioni sociali in cui esplica la sua identità non soltanto di interessi patrimoniali ma anche di interessi personali (artt. 2 e 32 cost.).

È opportuno rilevare che in un passaggio fondamentale della motivazione il Supremo Collegio opera un confronto del nostro ordinamento con i sistemi c.d. aperti di *common law* che, come è noto, sono incardinati sul rilievo baricentrico del precedente giurisprudenziale e dei principi generali.

Sulla base di tali premesse, il Supremo Collegio perviene alla conclusione che il nostro è un sistema semi aperto non fondato «*solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità delta persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi*».

In tal modo, secondo il Supremo Collegio, «*con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della interessenjurisprudenz (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione dette norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata».*

L'indirizzo espresso da ultimo dal Supremo Collegio trova adesione in questa sede, poiché rinviene un punto di equilibrio tra un uso giurisprudenziale della comparazione eccessivamente elastico, che aprirebbe potenzialmente la strada a soluzioni interpretative arbitrarie ed incontrollate ed un uso eccessivamente rigido, appiattito su un rigido positivismo giuridico.

nali e l'ordinamento comunitario.

Abstract

Use case law of comparative law in civil context.

This paper contains a general examination of methodological approaches to comparative law followed in civil case law. The phenomenon has in fact become of encreasing relevance with the globalization has resulted in a increase in legal systems that come in contact with our legal system.

In this light is conducted here a preliminary analysis of the formal strictures contained in our positive order, justifyng in part of our jurispudence recalcitrant attitude towards use of foreign law in their decisions.

The subsequent case study analysis of the decisions have been two main trends, one of the necessary application, when the case informed the judge has given to foreign elements and an optional application, in all other cases. Amongst these, some pronunciations usings marginally foreign law as a mere "frills" of the decisions, whereas others, notably in the field of fundamental rights and non contractual liability for damage, more or less surreptitiously raise the foreign law in transition critical of the decision.

Bibliografia

ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere* in *Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, p. 41ss.

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto,* in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, XXVIII, Milano, 1995, p. 147 ss., ora in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 ss.

D'AMELIO, *Disposizioni sull'applicazione della legge in generale*, in *Codice civile. Commentario*, I, Firenze, 1940, p. 24.

GAMBARO, MONATERI, SACCO, *Comparazione giuridica*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 48 ss.

MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Giur. it*, 1993, IV, c. 489 ss.

MONATERI, SOMMA, *Alien in Rome L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi,* in *Foro it.*, 1999, V, c. 49 ss.

RESCIGNO P., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in *Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, diretto da Alpa, Milano, 2006, p. 6 ss.

RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti,* in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 727 ss.

SACCO, *Introduzione al diritto comparato,* in *Trattato di diritto comparato,* I, Torino, 1992, p.12 ss.

SMORTO, *Diritti nazionali e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1, Milano, 2010, p. 28 ss.

Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, diretto da Visintini, Milano, 2001, p. 12 ss.
Somma, *Le corti italiane e l'uso complementare dei modelli normativi extratestuali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario,* in *Uso complementare della comparazione*, Milano, 2004, p. 32 ss.
Tedeschi Gardella, *Assistere la moglie, meglio pagare l'infermiera (nesso causale e danno mediato del marito)*, in *Giur. it.*, 1991, c. 1193.
Vigoriti, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004.

Brevi riflessioni sul rapporto tra precedente giurisprudenziale e funzione “paragiudiziale” dell’autorità amministrativa nella disciplina dei mercati finanziari

Andrea Minto
Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell’Università Ca’ Foscari Venezia

Sommario: 1. Mobilità dello scenario finanziario e concorrenza di figure regolatrici. – 2. La funzione esegetica della Consob: la valenza degli atti a carattere non imperativo. – 3. La produzione “paranormativa” della Commissione tra forza persuasiva e debolezza prescrittiva. – 4. L’interpretazione dell’autorità di vigilanza come possibile compromesso tra ragioni di certezza ed istanze conformatrici alla mutevole congiuntura finanziaria.

1. Mobilità dello scenario finanziario e concorrenza di figure regolatrici

Se consentito partire da una metafora, specialmente quando il soggetto da immortalare siano i mercati finanziari la fotografia scattata dal legislatore è facile risulti mossa[1]. In tale settore più che altrove, infatti, si assiste al proliferare di interessi, istanze, comportamenti e prassi in continuo divenire, il cui inquadramento in regole positive sconta una immanente diversità di ritmi e di tempi tecnici che contrassegnano il concreto operare, da un lato, e la corrispondente attività disciplinare dall’altro[2].

(1) Il legislatore, come noto, disciplina un comportamento che il più delle volte è già in uso, piuttosto che attivarsi preventivamente per anticiparne il compimento: la metafora fotografica esplicita icasticamente la condizione di chi prende atto dell’esistente. Sul difficile adeguamento dell’ordinamento giuridico al mercato in continua evoluzione cfr., *ex multis*, Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 9.

(2) Nel corso del tempo si è pervenuti ad un sistema disciplinare che, sulla spinta dell’innovazione finanziaria e del processo di armonizzazione europea foriero di un costruttivo “meticciamento” tra ordinamenti, si caratterizza per virtuosi «intrecci tra interessi economici e formazioni sociali intermedie», di talché appaiono «assai labili ed incerti i confini tra etero ed autoregolamentazione e cioè tra autorità, consenso e prassi nella creazione e

Di fronte alla mobilità dello scenario, l'ordinamento finanziario reagisce e si atteggia in maniera del tutto peculiare coordinando ed integrando le funzioni del legislatore, dell'autorità amministrativa, il ruolo dell'autonomia statutaria e quello dell'intervento giudiziale[3]. Nel tentativo di avvicinare alla scena i redattori delle relative regole che la governano, il sistema si è mosso in una duplice direzione: da un lato, rafforzare le molteplici attribuzioni dell'autorità amministrativa preposta alla vigilanza del mercato, la Consob, munendola in particolare di estesi poteri normativi[4]; dall'altro, ribilanciare il rapporto tra eteronomia ed autonomia, riconoscendo in favore di quest'ultima un contributo rilevante, ancorché ancillare rispetto alla prima, nella realizzazione del c.d. "diritto vivente"[5].

In questo articolato contesto disciplinare, occorre interrogarsi circa il peculiare ruolo, e la corrispondente specifica valenza, da attribuirsi al precedente giurisprudenziale. Nel nostro ordinamento esso esercita, come noto, una funzione integrativa/creativa del disposto normativo, soprattutto in quegli ambiti ove il legislatore opera attraverso formula-

nell'attuazione delle norme giuridiche» (così LOBUONO, Deregulation *dei mercati finanziari e processi di autoregolamentazione*, in *Banca impresa società*, 1990, p. 215).

(3) Sul rapporto tra le diverse figure che intervengono nella creazione dello spazio normativo del settore finanziario cfr., tra i molti, CAFAGGI, *Riforma del diritto societario: il ruolo delle «clausole generali»*, in *Stato e mercato*, 2001, p. 53 ss.; PRESTI, M. RESCIGNO, *La decorrenza della* passivity rule *tra delegificazione e sindacato giurisdizionale*, in *Quaderni di finanza Consob*, 2000, n. 37, p. 3 ss.

In una prospettiva di respiro più ampio, peraltro, non può mancarsi di rilevare pure il ruolo giocato dalle Autorità di vigilanza europee, come ad esempio l'ESMA (*European Securities Market Authority*), dotata, al pari della Consob, di poteri di carattere normativo così come di prerogative di natura interpretativa: in proposito, cfr. GODANO, *Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 75 ss.; RECINE e TEIXEIRA, *The new financial stability architecture in the EU*, in *Institute for Law and Finance*, working papers series No. 110, n. 12/2009, disponibile sul sito www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF WP 110.pdf; PEREZ, *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1043 ss.; VEGAS, *Relazione per l'anno 2011*, Roma, 31 maggio 2012, p. 255 ss., consultabile in www.consob.it/documenti/Pubblicazioni/ Relazione.../rel2011.pdf

(4) Sui poteri in generale della Consob cfr., tra i contributi più recenti, COSTI, *Il mercato mobiliare*[6], Torino, 2010, p. 423 ss.; PERNAZZA, *Società quotate e autorità di vigilanza: poteri conformativi e poteri sanzionatori a confronto*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1487 ss.; CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impresa società*, 2003, p. 39; DE MARI, *I "nuovi" poteri della Consob e la vigilanza sull'attività d'intermediazione mobiliare*, in *Società*, 2009, p. 830, il quale descrive espressivamente la figura della Commissione come un «nuovo Leviatano dalla forza costruttrice».

(5) Cfr. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in *L'ordinamento finanziario italiano*[2], a cura di Capriglione, Padova, 2010, p. 31. Secondo l'A., la valorizzazione dell'autonomia privata consente di «conformare i modelli disciplinari da adottare alle concrete esigenze dei possibili destinatari dei medesimi» (*ivi*, p. 35).

zioni di principio o regole elastiche, per ciò stesso suggerendo che sia l’interprete a specificare di volta in volta il contenuto del precetto legale che deve essere attinto dal patrimonio di valori sociali[6]. Nell’ambito dei mercati finanziari tuttavia, proprio per il concorso di una molteplicità di figure eterogenee nella costruzione dell’apparato normativo di riferimento, sembra opportuno ponderare più scrupolosamente la portata della funzione nomofilattica dei giudici.

2. La funzione esegetica della Consob: la valenza degli atti a carattere non imperativo

A fianco della potestà regolamentare propriamente intesa, che si concretizza nell’emanazione di atti normativi[7] di attuazione della disciplina primaria da cui il potere di legiferare stesso trova legittimazione, la Consob esercita altresì un’attività «paranormativa»[8], la quale pare esplicarsi in due direzioni: per un verso, mediante le comunicazioni o le raccomandazioni, che spesso traggono origine da situazioni particolari ma che assurgono poi ad indicazioni con valenza generale e astratta,

(6) Così RORDORF, Stare decisis: *osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, c. 281, il quale, per rendere con un’immagine plastica il ruolo dei giudici, parla di «giurisprudenza nelle cui applicazioni il diritto s’incarna». Sull’evoluzione giurisprudenziale nell’interpretazione della legge, dando luogo ad un “diritto vivente” che diventa dimensione del vivere comune cfr., tra i contributi più recenti, ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, p. 89; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 115; SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e* common law*: due sistemi ancora distanti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 109 ss.; LUPOI, *L’interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 234 ss.; RICCIO, Law as (or is) literature?, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 263 ss.

(7) Secondo concorde dottrina, i regolamenti della Commissione non sono qualificabili come provvedimenti amministrativi aventi carattere generale, bensì hanno natura di atti normativi in ragione dell’ampiezza dei soggetti (anche non vigilati) cui queste disposizioni trovano applicazione: cfr. sul tema, anche con ampia indicazione bibliografica, CARDARELLI, *Potere regolamentare della CONSOB, informazione e mercati regolamentati*, Milano, 2007, p. 10 ss.

(8) Così è stata definita da NICCOLAI, I poteri garanti della Costituzione e autorità indipendenti, Pisa, 1996, p. 197. M. RESCIGNO, La Consob: un legislatore-giudice «dimezzato»?, in Stato e mercato, 2001, p. 109, si riferisce a tale fenomeno con l’espressione «fonti integrative atipiche del diritto del mercato finanziario».

Secondo MARZONA, Il potere normativo delle autorità indipendenti, in I garanti delle regole, a cura di Cassese, Franchini, Bologna, 1996, p. 88 occorre tenere distinto il concetto di potestà normativa, che concerne le sole manifestazioni formali (i regolamenti della Consob), dalla nozione più estesa di potere normativo, la quale compendia altresì quegli atti privi di vincolatività ma pur sempre giuridicamente rilevanti nella costruzione della disciplina organica del settore finanziario.

concernenti regole di comportamento alle quali si invita gli intermediari ad aderire; per altro verso, tramite le risposte a specifici quesiti che la Commissione rende pubbliche nel momento in cui la conoscenza del proprio orientamento sul punto possa corrispondere ad un interesse generale. L'iniziativa della Consob, nonostante si manifesti secondo diversificate declinazioni formali[9], può essere ricondotta nella sostanza ad un'attività interpretativa volta a fornire delucidazioni circa criptici enunciati legislativi o le silenziose minacce che si possono annidare tra le pieghe delle norme (specialmente laddove l'ordinamento abbia fatto ricorso alle clausole generali)[10], delineando e raccomandando quindi il comportamento di volta in volta conforme ad una condotta «*sana e prudente*». Si tratta, come ha puntualmente osservato attenta dottrina, della «attività collaborativa della Consob»[11], la quale contribuisce alla regolarità ed alla certezza del mercato esercitando una funzione a metà strada tra un'attività legislativa e una paragiudiziaria[12]. Tali atti, riconducibili al *genus* della *soft law* per il loro carattere di indicazioni prive di effetti cogenti, godono di una notevole influenza e forza persuasiva sui comportamenti degli operatori[13]. Proprio per la loro natura interpretativa ed orientativa, dunque, questi interventi condividono una sorta di affinità funzionale rispetto alle pronunce giurisprudenziali, le quali, come poc'anzi accennato, assolvono all'analogo compito di integrare e specificare i precetti legislativi creando, pur sempre nei limiti di un sistema giuridico di *civil law* qual è quello italiano, un paradigma suscettibile di generalizzazione e, quindi, di applicazione alla stregua di una regola giuridica[14].

(9) Per una rassegna della produzione "paranormativa" della Commissione, cfr. ANNUNZIATA, *Interpretare o «legiferare»? Le comunicazioni persuasive delle Autorità di controllo sui mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 897 ss.

(10) Sul punto cfr., tra i molti, PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2009, p. 303 ss. e, con riguardo alla disciplina dei mercati finanziari, ANTONUCCI, *Declinazioni della* suitability rule *e prospettive di mercato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 728; A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori.* Less is more, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 17 ss.

(11) Così M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 109.

(12) Cfr. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, c. 148, il quale sottolinea come l'autorità amministrativa svolga «una sorta di attività giurisdizionale (nel senso etimologico del *dicere ius*) forse *praeter legem*, perché non trova nella legge nessun preciso appiglio, ma di cui è difficilmente contestabile l'utilità».

(13) In generale, sul fenomeno della *soft law* cfr. MOSTACCI, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; BRUMMER, *Soft law and the global financial system: rule making in the 21. century*, Cambridge, 2012, p. 60 ss.

(14) Sul punto v. SERIO, *op. cit.*, p. 124.

Entrando nel merito dell'attività esegetica svolta dalla Consob, così da precisarne più compiutamente anche l'efficacia giuridica della relativa produzione documentale, emerge una serie di cifre distintive. Un primo profilo da evidenziare attiene al rango istituzionale dell'autorità da cui promana l'indicazione interpretativa stessa: la ragione dell'attribuzione di tale specifica funzione dev'essere ravvisata, infatti, nella necessità che i chiarimenti e le esplicitazioni siano resi da un soggetto dotato sia di particolare competenza e specializzazione tecnica(15) sia di riconosciuta autorevolezza e credibilità, qualità che garantiscono entrambe la *deference* del mercato nei confronti delle relative "pronunce". In forza di tale pregnante effetto di *moral suasion*, la Commissione può beneficiare dell'opportunità, in virtù dello stretto collegamento con gli operatori, di raccogliere tempestivamente le informazioni utili per reagire alla congiuntura che, *medio tempore*, caratterizza lo scenario finanziario(16). Siffatta capacità reattiva implica altresì una maggiore sistematicità ed elasticità dei susseguenti interventi pararegolamentari rispetto a quelle che potrebbe offrire l'alternativa soluzione dei giudici: flessibilità garantita peraltro dal duplice ruolo, spesso rivestito dalla Consob, di legislatore (ancorché secondario) e di esegeta delle norme emanate, che vale a qualificare i relativi orientamenti come interpretazioni autentiche(17). Non deve sottacersi, infine, la considerazione per cui questa produzione "pararegolamentare", scaturendo da una sollecitazione dei destinatari delle norme stesse, molto spesso rappresenta una pronta e solerte risposta all'esigenza di una voce, per così dire, alleata ed affidabile che accompagni l'operatività quotidiana preservandone la lineare continuità da lacune o incertezze interpretative potenzialmente destabilizzanti(18); risposta che risulterà preliminare e propedeutica, se del caso, ad un successivo intervento normativo in senso tecnico, che formalizzi in maniera organica e sistematica, divenendo fonte del diritto, l'istanza di certezza sollevata a monte.

Gli atti di *soft law*, sebbene non creino in nessun caso norme vincolanti, producono senz'altro degli effetti giuridici, rappresentando delle sollecitazioni provenienti da una fonte particolarmente autorevole. Le esortazioni, i consigli e gli ammonimenti con cui la Consob indica ciò che

(15) Cfr. S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, Franchini, cit., p. 220.

(16) M. Rescigno, *op. cit.*, p. 111.

(17) Cfr. Annunziata, *op. cit.*, p. 897.

(18) Naturalmente, ciò «non va inteso nel senso che la Consob possa trasformarsi in una sorta di oracolo», come avverte Rordorf, *op. ult. cit.*, p. 148.

è desiderabile ovvero, al contrario, i comportamenti deprecabili godono di un effetto persuasivo non solamente tra i soggetti vigilati, ma altresì nei confronti dei giudici, i quali è probabile ne terranno conto nel contesto processuale di loro competenza. Per tale ragione, l'interpretazione delle norme, oltre a risultare concorrente tra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa, risentirà dell'influenza degli orientamenti di quest'ultima sull'attività dell'altra: fermo restando il reciproco condizionamento (la Consob orienterà i giudici, così come le pronunce giurisprudenziali influenzeranno la Commissione), l'*authority* vanterà senz'altro una posizione privilegiata in termini temporali, rilevando prontamente «i problemi e le esigenze appartenenti alla fase applicativa, quella fase in cui le norme dovrebbero acquisire effettività»(19). Essa potrà infatti fornire il proprio contributo esegetico in via preventiva rispetto al corrispondente apporto dei giudici, i quali interverranno nella successiva ed eventuale fase conteziosa(20). Tale attività interpretativa della legge svolta dalla Consob rappresenta la «naturale risposta alla domanda del mercato di regole (e di interpretazione di regole) certe e di controllo preventivo sui comportamenti da tenere. Domanda rivolta al soggetto che appare agli stessi essere il migliore e più sollecito giudice ed interprete delle norme primarie e regolamentari del settore»(21).

I piani interpretativi della giurisprudenza e dell'autorità amministrativa indipendente, dunque, si intersecano, finanche a sovrapporsi: la dignità esegetica della Consob, infatti, appare riconosciuta e consolidata(22), al punto che la prassi interpretativa «tende a produrre, quantomeno in via di fatto, veri e propri "precedenti" e, per tale via, una specie di normativa in qualche modo vincolante, tanto per gli operatori del mercato quanto per le stesse autorità di controllo»(23).

(19) Marzona, *op. cit.*, p. 94.

(20) Sul punto cfr. De Mari, *op. cit.*, p. 830.

(21) Coglie l'importanza della collocazione, privilegiata sia in termini "temporali" (esegesi preventiva) che "spaziali" (prossimità al mercato), M. Rescigno, *op. cit.*, p. 110.

(22) Occorre incidentalmente sottolineare che l'importanza dell'attività interpretativa della Consob è asseverata e trova formalizzazione nel contesto della Direttiva MiFid c.d. di "secondo livello" (cfr. Direttiva 2006/73/CEE): il 12° *considerando*, infatti, prevede che «*una regolamentazione che comporti troppa incertezza per le imprese di investimento può ridurne l'efficienza. Le autorità competenti sono tenute ad emanare orientamenti interpretativi [...] al fine di chiarire in particolare l'applicazione pratica dei requisiti della presente direttiva a particolari tipi di imprese e circostanze*».

(23) Si esprime in termini di «giurisprudenza promanante dalle autorità di controllo» Annunziata, op. cit., p. 897.

3. La produzione “paranormativa” della Commissione tra forza persuasiva e debolezza prescrittiva

Ancorché foriero di un notevole grado di affidamento da parte del mercato, l’intervento interpretativo della Commissione sconta tuttavia l’intrinseca debolezza dello strumento privo di carattere imperativo: nel momento in cui la Consob opera tramite raccomandazioni e comunicazioni, anche in risposta a quesiti sull’interpretazione delle leggi o dei regolamenti, la mancata adozione delle condotte raccomandate o delle esegesi suggerite non dà mai, di per sé, la possibilità per l’autorità di far scattare l’impianto sanzionatorio previsto per l’inosservanza delle norme secondarie a contenuto precettivo. L’assenza di siffatto rimedio stempera la valenza, sul piano dell’effettività, degli atti di persuasione morale, relegandoli in ultima analisi ad una sorta di orientamenti di *best practices*(24): di conseguenza, l’autorità giudiziaria ben potrebbe discostarsene e disattendere tali indicazioni interpretative, così come, per converso, non è per niente ovvio che colui il quale chieda alla Consob di pronunciarsi preventivamente su una questione incerta, e nel farlo solleciti una risposta di un certo segno, possa poi invocare rimedi giurisdizionali contro l’esito di segno diverso che l’autorità abbia fornito(25).

Il monito levato da chi reputa necessario avere piena consapevolezza degli effetti che ciascuna singola decisione giudiziale può provocare

(24) Cfr. LEMMA, «Best practices» *ed altri aspetti della* soft law, in *Mondo banc.*, 2006, n. 4, p. 9.

Riconducendo gli atti di persuasione morale nell’area grigia delle regole di buona condotta si potrebbe correre il rischio, ancorché recessivo, di un utilizzo opportunistico degli interventi stessi, per cui si seguirebbero i suggerimenti qualora risultassero di praticità e comodità operativa mentre le medesime indicazioni si potrebbero prestare all’indifferenza allorquando non fossero conformi alle aspettative dei destinatari delle indicazioni. La marginalità di questa ipotesi deriva dal rapporto collaborativo che lega autorità e operatori del mercato: sono questi ultimi, infatti, che molto spesso sollecitano l’attività esegetica della Consob ed è nel loro interesse allinearsi. Occorre peraltro considerare che prevedibilmente la Consob riporrà maggiore attenzione nei confronti delle società che incorrano in tale “disubbidienza”: Questa rafforzata supervisione potrà «manifestarsi in una specifica richiesta di informazioni alle società, nel silenzio delle relazioni al bilancio di esercizio, sul rispetto della raccomandazione ovvero sui mezzi alternativi utilizzati» (cfr. RESCIGNO, *La Consob e la* corporate governance*: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 761; in termini analoghi circa un minimale potere conformativo agli atti “pararegolamentari” v. anche PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della* corporate governance, in *Riv. soc.*, 1997, p. 761). In posizione isolata, c’è pure chi radicalmente accosta lo strumento della *moral suasion* ad «un succedaneo del ricatto» (così TORCHIA, *Verso una Banca d’Italia repubblicana ed europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 274).

(25) V. RORDORF, *op. ult. cit.*, p. 150.

sul comportamento della generalità dei destinatari delle norme[26], vale senz'altro anche per l'attività esegetica esercitata dall'autorità di settore del mercato finanziario. In questo secondo caso, tuttavia, sembra ragionevole immaginare che l'interprete sia affatto conscio di "produrre" atti di persuasione, in ragione dell'affidamento che tradizionalmente gli operatori ripongono nelle pronunce dell'autorità di vigilanza e del quale la stessa Commissione è al corrente. Su questa considerazione, ci si può spingere ad asserire che la Consob assolva a questo peculiare ruolo in maniera più ponderata, avendo piena cognizione dell'influenza che essa produce sui comportamenti futuri, di quanto non accada nel parallelo frangente esegetico del precedente giurisprudenziale.

A confortare la composita intelaiatura regolamentare dei mercati finanziari, nella quale trova spazio non soltanto l'intervento a carattere non imperativo della Consob ma anche l'autonomia privata (nella ben delimitata dimensione della c.d. autoregolamentazione), contribuisce la recente definizione di apposite linee guida, predisposte dalle Associazioni di categoria con l'obiettivo di rispondere alle «*esigenze di [...] certezza rappresentate dagli operatori di mercato*»[27]. Anche in virtù di tale strumento, pertanto, l'ordinamento finanziario si sviluppa «secondo direttrici volte a colmare il divario che spesso è dato riscontrare tra le regole di condotta generali ed astratte e l'approccio concreto che viene richiesto ai singoli operatori, in sede di definizione dei processi aziendali correlati allo svolgimento dell'attività finanziaria»[28]. La flessibilità applicativa di questa tecnica risulta di notevole comodità pratica, consentendo un adeguamento tempestivo (e, soprattutto, autonomo) ai mutamenti dell'ambiente finanziario, prendendo le mosse dalle problematiche concrete dell'operatività quotidiana. Tale "legittimazione interpretava" riconosciuta ad autorevoli organizzazioni di soggetti privati deve essere tuttavia ricondotta e subordinata al *placet* della Consob: solamente laddove l'autorità proceda a validare le indicazioni comportamentali proposte, queste ultime si possono considerare coerenti rispetto alle previsioni del quadro normativo vigente[29]. Di talché, le *guide lines* "confermate" dalla Commissione «*non assurgono a "fonte del diritto, ma, più limitatamente[...] contribuiscono a fornire agli ope-*

(26) Cfr. Enriques, *Il nuovo diritto societario nelle mani dei giudici: una ricognizione empirica*, in *Stato e mercato*, 2001, p. 79.

(27) Cfr. Documento intitolato «Policy *per la validazione delle linee guida elaborate dalle Associazioni degli intermediari*», emanato dalla Consob il 2 maggio 2008.

(28) V. Rordorf, *op. ult. cit.*, p. 150.

(29) V. in termini più diffusi Mari, *op. cit.*, p. 828 ss.

ratori maggiore certezza, attraverso criteri e standard *utili alla pratica risoluzione di problematiche applicative in senso conforme alla disciplina di riferimento*»[30]. Lo strumento innovativo delle linee guida, dunque, valorizza il contributo dell'autonomia privata nell'individuazione delle regole di comportamento, sancendo la partecipazione anche dei soggetti "regolati" all'attività interpretativa della normativa di riferimento, pur sempre nei limiti della validazione effettuata dalla Consob a consuntivo.

Nella prospettiva di offrire un quadro regolamentare attento ai mutamenti della realtà finanziaria e però pure dotato – a differenza della mera attività interpretativa – del crisma dell'imperatività, non può mancarsi di ricordare l'opportunità che offre in tal senso la procedura di pubblica consultazione cui sono sottoposti in via preventiva i provvedimenti delle Autorità di vigilanza, di modo che trovino spazio il riscontro ed il giudizio in proposito dei diretti destinatari della disciplina prima che questa divenga definitiva e quindi cogente[31].

4. L'interpretazione dell'autorità di vigilanza come possibile compromesso tra ragioni di certezza ed istanze conformatrici alla mutevole congiuntura finanziaria

Nell'articolata costruzione disciplinare del settore finanziario la portata interpretativa del precedente giurisprudenziale si presenta dunque, se non necessariamente ridimensionata, quantomeno condivisa con l'autorità amministrativa e, in una certa limitata misura, con gli stessi operatori, destinatari delle norme[32]. Il concorso di queste eterogenee figure – giudice, Consob, privati – compone un mosaico normativo la cui

(30) Cfr. Documento intitolato «Policy *per la validazione delle linee guida elaborate dalle Associazioni degli intermediari*», cit.

(31) Come noto, la c.d. Legge per la tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262) è intervenuta in tema di procedure per l'adozione dei provvedimenti da parte delle Autorità amministrative indipendenti, sancendo l'obbligo, tra l'altro, della consultazione preventiva dei soggetti interessati dalla disciplina in emanazione (segnatamente, solo degli organismi rappresentativi delle categorie di riferimento): in proposito, cfr. MATTARELLA, *Commento* sub *artt. 23-24*, in *La tutela del risparmio*, a cura di Nigro e Santoro, Torino, 2007, p. 444 s.; CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza*, in *La legge per la tutela del risparmio*, a cura di Abbadessa e Cesarini, Bologna, 2007, p. 157 s.

(32) M. RESCIGNO, *La Consob: un legislatore-giudice «dimezzato»?*, cit., p. 108, affrontando il tema del c.d. processo di "delegificazione" caratterizzato dal passo indietro che nel sistema di produzione delle fonti del diritto ha compiuto il legislatore in favore dell'autorità amministrativa indipendente, sostiene che «settori prima disciplinati esplicitamente dalla legge, ovvero affidate alle scelte interpretative dei giudici e comunque sottratti al potere normativo della Consob ne fanno oggi parte a pieno titolo».

raffigurazione d'insieme persegue, secondo una moderno approccio di regolazione, la funzione conformatrice alla realtà economico finanziaria[33]. Se il "filo rosso" che unisce l'attività interpretativa esercitata dei giudici e quella realizzata dall'autorità indipendente va ravvisato nella tensione verso la certezza del diritto, non può negarsi che il contributo di quest'ultima, ancorché declinato nei limiti delle proprie specifiche competenze di vigilanza, benefici di una prospettiva privilegiata di osservazione del fenomeno finanziario: in questo settore infatti, più che altrove, si avverte la «difficoltà della regola giuridica [...] di tenere il passo con il mutare dei costumi e dei rapporti familiari e sociali e con l'evolversi dell'economia e dei mercati»[34]. Difficoltà che può essere almeno in parte superata proprio in virtù dello stretto legame che unisce la Consob all'operatività quotidiana dei mercati finanziari.

Nella «dialettica sempre irrisolta tra bisogno di certezza, che cristallizza l'esistente e garantisce la prevedibilità del futuro, ed esigenza di cambiamento, che promuove il movimento ed il progresso della stessa scienza giuridica»[35] *tertium genus datur*: la snella attività interpretativa dell'autorità amministrativa[36].

(33) Si consideri al riguardo l'influenza delle proposte che provengono dalle associazioni rappresentative degli operatori e dei consumatori sulla regolazione del settore: la tecnica della consultazione preventiva, prodromica all'emanazione di un regolamento della Commissione, consente di superare «la tendenza, talora presente nell'amministrazione, a disancorarsi dalla realtà di riferimento, disattendendo il principio del coinvolgimento dei destinatari della sua azione nei processi di determinazione della medesima» (CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 37).

(34) In questi termini esprime l'idea della "fotografia mossa" CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 154. «L'alluvione delle leggi» (richiamando la celebre espressione coniata da G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 5) dell'ordinamento finanziario determina talvolta un divario tra norma e giurisprudenza, giacché i tempi di produzione di quest'ultima possono comprometterne il valore interpretativo siccome esplicativa di una realtà non più in essere: se le «clausole generali si configurano e si specificano nel diritto vivente, [...] [tuttavia rispetto alla] giurisprudenza, c'è ancora una sfasatura temporale, dato che le pronunce continuano ad intervenire sulla previgente disciplina» (così ANTONUCCI, *op. cit.*, p. 728). Tale ritardo sembra tuttavia ridimensionarsi proprio in virtù della concorrente attività esegetica della Consob.

(35) In questi termini RORDORF, Stare decisis*: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, cit., c. 280. Sul punto v., *ex multis*, anche SERIO, *op. cit.*, p. 112.

(36) LEMMA, *op. cit.*, p. 12 valorizza «l'importanza di un'attività di vigilanza snella e tempestiva che si preoccupi di orientare le reazioni del mercato, evitando che queste ultime producano effetti distorti dovuti a lacune informative».

Abstract

Financial markets are a reality in continuous becoming. Faced with this mobility scenario, the financial legal order reacts in a peculiar way, reviewing roles and weights of the functions exercised by the legislature, by the administrative Authority (Consob) and by the judicial intervention. In this articulated context, we must ask about the role of the precedent law cases. In fact, Consob has not only a regulatory function but also plays an interpretation rule similar to that exercised by the judge. In this way, Consob is more responsive to change and therefore is able to provide a more prompt and adequate response to interpretation than can be done, in certain cases, by the court, especially through the regulatory instrument of soft law.

L’impresa comune come network di imprese: cooperazione vs. competizione

Roberta Cossu
Dottoranda di ricerca in Diritto ed economia
presso l’Università LUISS “Guido Carli” di Roma

SOMMARIO: 1. Forme legali di rete d’impresa. – ATI, RTI, *joint ventures* e reti. – *i.* Contratto di società, consorzi e reti. – *ii.* Reti e distretti industriali. – *iii.* L’impresa comune come *network* d’imprese: il caso delle reti “organizzative” e imprese comuni cooperative di tipo orizzontale. – 2. Considerazioni conclusive sul presunto *trade-off* tra cooperazione e competizione per un efficiente funzionamento del mercato.

1. Forme legali di rete d’impresa

Le reti d’impresa nascono come realtà meramente fattuali del sistema economico e sono costituite da imprese che decidono di aggregarsi al fine di accrescere la propria competitività e innovatività.

Il contratto di rete, introdotto dalla l. n. 33/2009 (di conversione del d.l. n. 5/2009, c.d. “Incentivi”) e modificato dalla Legge Sviluppo, n. 99/2009 prima e dal d.lgs. n. 78/2010 poi, è stato lo strumento prescelto per dare forma giuridica alle reti nelle intenzioni del legislatore italiano. In tal senso la manovra economica del 2008, nella cui sede si estendevano alle reti i benefici originariamente previsti a favore dei distretti industriali dalla Finanziaria per il 2006 (agevolazioni finanziarie, amministrative e dedicate alla ricerca).

Si ritiene utile sottolineare che gli strumenti giuridici utilizzati dalle imprese per costituire aggregazioni reticolari, prima della l. n. 33/2009, erano vari e diversificati. Tra essi si rinvenivano, accanto alla *joint venture*, diverse fattispecie, tra cui: il contratto di società, il consorzio, le A.T.I., i R.T.I., il contratto di *franchising* e così via.

Quanto finora sommariamente esposto induce a un necessario chiarimento circa le caratteristiche che contraddistinguono il neonato contratto di rete e gli ulteriori istituti appena citati, in modo da poter meglio definire il contratto in esame tramite una comparazione ed un ragiona-

mento per esclusione, facilitato dall'abbondanza di letteratura recente sul punto, da cui si ritiene utile trarre le informazioni che sono di supporto alle riflessioni conclusive che si vuole produrre, nel presente lavoro, sul dibattito circa il presunto effetto di sostituzione tra cooperazione e competizione.

ATI, RTI, joint ventures e reti

Rispetto ad ATI, RTI e *joint ventures*, le reti oggi sono organizzate secondo uno schema di contratto tipico di collaborazione, regolato per la prima volta con la l. n. 33/2009[1], il che conferisce una maggiore stabilità al rapporto che si instaura tra le imprese contraenti. Inoltre, urge sottolineare che le tre fattispecie alternative elencate sono caratterizzate da responsabilità illimitata e solidale di ogni singola impresa partecipante rispetto alle obbligazioni assunte in nome dell'organizzazione comune; tale fatto implica chiaramente una carenza di soggettività giuridica dei tre istituti, e non sono previste adeguate forme di pubblicità capaci di donare lo stesso grado di trasparenza, di cui il contratto di rete dispone, nei rapporti coi terzi.

Tali tratti distintivi rendono le reti d'impresa costituite in base all'art. 4-*ter* della l. n. 33/2009 più desiderabili rispetto agli altri istituti in comparazione sotto il profilo della fiducia del mercato.

i. Contratto di società, consorzi e reti

Per quanto concerne il confronto con lo strumento societario e consortile, le reti rappresentano una fattispecie più snella, a causa della disciplina meno rigida in tema di obblighi imposti alle parti, concordati secondo i criteri dell'autonomia privata, e in tema di controlli autoritativi. Poiché, poi, nella rete non si impone una denominazione comune, le singole imprese partecipanti mantengono piena e autonoma visibilità sul mercato di provenienza. Infine, l'oggetto della rete può essere costituito dallo svolgimento comune da parte delle imprese contraenti di alcune determinate fasi delle proprie attività economiche originarie, così coincidendo col possibile oggetto di un consorzio, ma anche involgere attività nuove e diverse rispetto a quelle originarie, singolarmente esercitate dalle partecipanti.

(1) Per una disamina degli aspetti critici degli interventi legislativi che hanno introdotto il contratto di rete nell'ordinamento italiano, si legga CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 928 ss.

ii. Reti e distretti industriali

Da un punto di vista strettamente giuridico le differenze tra reti e distretti sono notevoli. Innanzitutto, alla disciplina unitaria del contratto di rete (la legge statale che lo regola è una, seppur spesso modificata) si contrappone la frammentata disciplina dei distretti affidata a diverse leggi regionali. Inoltre, la rete rappresenta un'aggregazione imprenditoriale più stabile a causa della definizione dei diritti e degli obblighi delle parti che stipulano il contratto costitutivo dell'entità comune.

Il distretto si caratterizza invece per l'elemento centrale della territorialità, rilevante sotto il profilo dell'organizzazione e dell'amministrazione, che inoltre prevede la compartecipazione di enti pubblici locali suscettibile di comportare un'espansione dell'oggetto che dall'attività economica arriva a ricomprendere ulteriori istanze legate alle politiche pubbliche per il territorio.

In sintesi, mentre il distretto rappresenta una situazione di fatto che rileva per il diritto solo a determinati fini, più pubblici che economici e/o privati, e che non ha una forma giuridica dedicata (spesso si organizzano, di fatto, in consorzi), la rete è una situazione di diritto, per la quale l'ordinamento predispone un contratto di diritto civile dedicato e per cui rilevano interessi essenzialmente privati, come testimonia la prescrizione sulla composizione dell'organo di *governance* cui si deve ottemperare per la regolare costituzione della fattispecie.

iii. L'impresa comune come network d'imprese: il caso delle reti "organizzative" e imprese comuni cooperative di tipo orizzontale

Volendo indagare più da vicino le fattispecie maggiormente assimilabili alla rete, come organizzazione e come contratto, secondo le definizioni proposte nel nostro ordinamento, si ritrovano diverse similitudini tra le reti c.d. organizzative e le imprese comuni cooperative di tipo orizzontale. Sembra pertanto plausibile inferire ai vantaggi ottenibili con l'implementazione delle reti secondo lo schema contrattuale sommariamente discusso le argomentazioni tipiche elaborate dalla dottrina del diritto europeo della concorrenza in tema di cooperazione orizzontale, che da sempre rappresenta una delle principali sfide nell'applicazione delle norme pro-concorrenziali.

Gli accordi di cooperazione orizzontale, purché non costituiscano intese o concentrazioni capaci di falsare o eliminare la concorrenza nel mercato comune, possono infatti comportare notevoli benefici economici, tra cui, ad esempio: condivisione dei rischi, conseguimento di economie di scala e di scopo, condivisione del *know how* e più agevole lancio di innovazioni sul mercato.

Non si ritiene che i due istituti in parola, le imprese comuni e le reti d'impresa, possano essere legati da un rapporto genere-specie, ma si condivide la tesi secondo la quale essi costituiscono due tipi di accordi di cooperazione. In particolare le reti, secondo una felice espressione elaborata da un'autorevole dottrina, possono essere intese come «una risposta all'esigenza di cooperazione in assenza di integrazione proprietaria»(2). Chiaramente, da un punto di vista di analisi *antitrust*, la forma e la funzione della rete mutano in relazione alla dimensione delle imprese che vi partecipano. «Quando sono in prevalenza costituite da PMI effettivamente configurano risposte alla frammentazione proprietaria, quando invece coinvolgono grandi imprese la loro funzione è più spesso quella di assicurare il controllo o la ripartizione del mercato ed incontrano severi limiti da parte del diritto della concorrenza»(3), ancora in analogia con le imprese comuni cooperative.

È stato inoltre osservato, sul punto, che «nel presupposto che vi siano attività che, per ragioni dimensionali o di capacità tecnica, nessuna piccola o media impresa preseguirebbe individualmente, il contratto di rete dovrebbe avere il non banale compito di far apparire grandi i piccoli, attraverso lo strumento contrattuale e senza dover adottare forme più impegnative al limite dell'integrazione strutturale (fusione) – con quel che ne consegue in termini di perdita di individualità e finanche di capacità innovativa – o a livello inferiore di integrazione, del gruppo societario o della creazione di un'impresa comune»(4).

Le ultime considerazioni riportate spingono il ragionamento al di là della considerazione degli aspetti civilistici che involgono l'introduzione di un nuovo strumento giuridico a disposizione delle imprese per esercitare le attività economiche, fino a considerare gli eventuali aspetti pubblicistici coinvolti. Le reti rappresentano, infatti, un veicolo di politica industriale. L'estensione dei benefici previsti dalla Finanziaria per il 2006 a favore dei distretti, operata dall'art. 6 bis della l. 133/2008, lasciavano già intendere le intenzioni che il legislatore ha poi successivamente sviluppato in merito alla prospettiva di applicazione delle reti d'impresa. In particolare, la causa del contratto di rete, rinvenuta nell'esercizio in comune di attività economiche per accrescere la capacità innovativa e la competitività delle imprese contraenti, lo rende naturalmente un potenziale destinatario di politiche industriali dirette a promuovere l'in-

(2) Cfr. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, p. 915.

(3) CAFAGGI, *ibidem*.

(4) Cfr. GRANIERI, Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema, in Contratti, 2009, p. 935 s.

ternazionalizzazione e lo sviluppo del tessuto imprenditoriale italiano, caratterizzato da PMI e imprese familiari, normalmente contraddistinte da scarsa capitalizzazione e difficoltà nel reperimento di fonti di finanziamento adeguate a garantirne la crescita dimensionale richiesta per rimanere sul mercato, soprattutto quando esso è soggetto ad evoluzioni costantemente imposte dal succedersi di innovazioni tecnologiche.

In un quadro macroeconomico generale, l'Italia attraversa una fase di non-crescita economica ormai ultradecennale dovuta a più fattori interni, tra cui: squilibrate finanze pubbliche, inadeguate infrastrutture fisiche e giuridiche, cronico nanismo delle imprese e scarse sollecitazioni concorrenziali(5). Un intervento del tipo esaminato risponde quindi pienamente alle riconosciute esigenze economiche di crescita del Paese e ricorre ad uno strumento incoraggiato persino in sede comunitaria dalla recente Comunicazione "per una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione", in cui si legge esplicitamente che «i *cluster* e le reti migliorano la concorrenzialità e l'innovazione industriale… (Pertanto) la Commissione presenterà una nuova strategia per *cluster* e reti concorrenziali su scala mondiale, che comprenda iniziative specifiche volte a promuovere cluster e reti mondialmente concorrenziali sia nelle industrie tradizionali che in quelle emergenti (2011)»(6).

Si ritiene dunque doveroso osservare che l'iniziativa e la scelta di politica legislativa che hanno condotto alla regol(ament)azione del contratto di rete nell'ordinamento italiano si qualificano come prettamente nazionali e non configurano una sorta di ottemperanza ad un obbligo o ad uno schema imposti dal diritto comunitario. In tal senso, l'intervento ha accolto il plauso da parte della dottrina italiana che ha intravisto nel contratto di rete nazionale la possibilità di rappresentare un modello utile per altri Paesi dell'UE o per la stessa Commissione per disegnare nuovi strumenti per la costruzione di reti transnazionali(7).

2. Considerazioni conclusive sul presunto trade-off tra cooperazione e competizione per un efficiente funzionamento del mercato

L'introduzione del contratto di rete come strumento ulteriore atto a favorire l'aggregazione di imprese per lo svolgimento di un'attività eco-

(5) V. Ciocca, Rey, *Per la crescita dell'economia italiana*, in *Ec. it.*, 2004, p. 354.

(6) COM (2010) 614, p. 15.

(7) Cfr. Cafaggi, *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, disponibile presso il sito www.nelMerito.com, 24 aprile 2009.

nomica in comune si presta alla ricognizione di un'area della filosofia antitrust da tempo molto dibattuta.

Da parte della letteratura economica prevalente, le relazioni competitive tra imprese sono state sempre considerate come antitetiche rispetto ai rapporti cooperativi, laddove la cooperazione veniva considerata come sinonimo di collusione.

La prima definizione di concorrenza tra imprese risale ad Adam Smith, secondo il quale l'essenza del comportamento competitivo consisteva nello sforzo cosciente compiuto da ogni singola impresa per conquistare posizioni dominanti sul mercato. Lo stesso A. inoltre osservava che anche in presenza di mercati contraddistinti da poche o almeno due imprese si può verificare un'alta indipendenza delle politiche di prezzo e non adottate sullo stesso mercato. In tale impostazione l'accordo cooperativo viene considerato colpevole di causare un aumento dei valori di scambio, a svantaggio dei compratori e vantaggio dei produttori, che consiste in un allontanamento dalle condizioni ideali di concorrenza perfetta.

Nella seconda metà del diciannovesimo secolo, sull'impostazione "smithiana" prevale l'impostazione della teoria economica c.d. classica in cui rileva il contributo di Cournot, cui si deve la definizione del modello di concorrenza perfetta, caratterizzato da un elevato numero di imprese che offrono un bene omogeneo su uno stesso mercato e che detengono quote di mercato relativamente ridotte, in maniera tale per cui nessuna è in grado di influire sul prezzo del bene e conseguentemente sulle quantità offerte (*price-taker*). Tale paradigma implica che al decrescere delle imprese presenti sul mercato e all'aumentare della dimensione relativa delle non uscenti, si disperdano i benefici in termini di efficienza allocativa e, in definitiva, di benessere sociale associati alla condizione di concorrenza perfetta. Anche in tale impostazione, pertanto, i fenomeni collusivi sono considerati non desiderabili poiché inefficienti e non funzionali rispetto all'obiettivo di massimizzazione del benessere sociale.

Il distacco dal paradigma classico diventa netto con l'affermarsi del pensiero di Schumpeter che con la teorizzazione del ruolo dell'imprenditore-innovatore e della distruzione creatrice forgia un nuovo concetto di concorrenza dinamica, basata sull'innovazione tecnologica, di prodotto o di processo, e sull'innovazione organizzativa. Secondo l'A. in parola solo la grande dimensione d'impresa combinata a una forte concentrazione dell'offerta è in grado di sostenere una concorrenza dinamica, sostenuta da innovazione tecnologica. Pertanto la cooperazione assurge per la prima volta al rango di valore tutelabile, in contrasto con l'impostazione "cournotiana".

Tale posizione estrema è stata poi ricomposta insieme alla visione dei classici, nell'approccio più di recente promosso nella teoria dei mercati

contendibili che ha creato la categoria della concorrenza potenziale. Nel 1982, Baumol, Panzer e Willig hanno elaborato un celebre contributo secondo cui il numero e la dimensione relativa delle imprese su uno stesso mercato è da considerarsi irrilevante per il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale e, pertanto, hanno suggerito che il *trade-off* fra competizione e cooperazione sia molto meno netto nella realtà di quanto non descriva il modello di Cournot e i rapporti di collaborazione fra imprese possono pertanto essere, a certe condizioni, compatibili con l'efficienza garantita dalla concorrenza. In tal senso, si sono poi orientate le società a capitalismo maturo che si sono dotate di norme pro-concorrenziali che non vietano in senso assoluto le forme concentrative (sottoponendole normalmente ad autorizzazione preventiva), né le intese che abbiano ad oggetto particolari attività strettamente connesse con l'innovazione tecnologica, pacificamente riconosciute tra i principali *drivers* della crescita macroeconomica, quali ad esempio le attività di ricerca e sviluppo.

In questo solco si rinvengono anche le indicazioni delle Linee-guida della Commissione europea in tema di accordi di cooperazione orizzontale che dal 2001 al 2011 hanno promosso l'implementazione di un approccio economico nella valutazione di tali tipi di accordi ai sensi del diritto europeo della concorrenza, basato su una ponderazione da svolgere caso per caso dei costi e dei benefici concorrenziali che sono suscettibili di produrre nel mercato e nella società.

Da un punto di vista più particolare, suggerito da recenti studi di organizzazione aziendale, invece, l'impresa viene considerata come un sistema costituito dalla somma di unità transazionali separabili e autonome, anche immateriali (conoscenza e informazione). Tali risorse produttive, strettamente interconnesse e variamente combinate, rappresentano il vantaggio competitivo di cui l'impresa dispone nell'agone concorrenziale e non sono esclusivamente il risultato di processi di internazionalizzazione che investono le economie moderne, ma anche (e soprattutto) di processi di interazione con altri soggetti economici (relazioni inter-organizzative). In tale ottica, lo sviluppo delle imprese non dipende sempre e solo da risorse generate o generabili all'interno, ma anche da risorse esterne, rispetto alle quali la realizzazione di relazioni di tipo cooperativo rappresenta un vero e proprio investimento. Conseguentemente, la cooperazione non deve essere considerata come una tipica strategia difensiva o di "ripiego", poiché essa può essere elaborata anche in un'ottica funzionale propulsiva e offensiva.

In un'economia avanzata e basata sulla conoscenza, l'impresa non può più essere concepita come una monade, poiché essa è chiamata ad intrattenere una molteplicità di interrelazioni capaci di coniugare com-

petizione e cooperazione in una logica reticolare, al fine di fronteggiare mercati sempre più complessi sul fronte della contendibilità, nei quali mantenere la posizione acquisita sarà sempre più arduo e occorrerà sviluppare capacità di innovare costantemente, a partire dalle risorse di conoscenza e capitale umano detenute e eventualmente acquisibili[8].

L'evoluzione che il contesto economico e produttivo ha attraversato può essere descritta come il passaggio da un sistema basato sulla produzione di massa e sul fordismo ad uno nuovo basato sulla produzione flessibile e sulle reti di imprese finalizzate alla creazione e allo sfruttamento a fini produttivi della conoscenza intesa come fattore produttivo-chiave e da un contestuale, seppure più lento, processo di trasformazione del consumatore[9].

Insomma, la traiettoria evolutiva sembra segnare il passaggio dall'economia della conoscenza all'economia delle reti, in un contesto in cui competizione e cooperazione non rappresenteranno più valori economico-ideologici contrapposti, ma strumenti alternativi e alternabili in un mondo che recupera le politiche industriali come risposta alle cicliche crisi finanziare, nel nuovo approccio di intervento dello Stato nell'economia non più liberale o dirigista, ma piuttosto "pragmatico".

Abstract

The present working paper aims to investigate all the different legal tools the Italian law offer to firms in order to achieve the benefits of the network organization of economic activities. Special attention has been paid to the new "firms' network contract" introduced by the Italian legislator in 2009 and then modified in 2010; studying that contract has also been fundamental to develop a comparative analysis among so called organizational firms' networks and horizontal joint ventures and to discuss about the supposed trade-off between competition and cooperation as drivers (and values) of progress and innovation in mod-

(8) V. DELFINO., *Il ruolo della conoscenza nell'evoluzione delle strategie competitive. Un'analisi delle principali determinanti del cambiamento*, in *Impresaprogetto*, 2005, n. 3, p. 3.

(9) In questo senso, si leggano COZZI, DI BERNARDO, RULLANI, *Marketing e tecnologie dell'informazione: dall'economia di massa all'economia della varietà*, in *Scritti in onore di Luigi Guatri*, Milano, 1988; RULLANI, *New-net-knowledge economy: le molte facce del post-fordismo*, in *Ec. e pol. industr.*, 2001, n. 110, p. 5 ss.; COZZI, GENCO, *Le imprese italiane di fronte alla terziarizzazione e globalizzazione dell'economia*, in *Processi di terziarizzazione dell'economia e nuove sfide al governo delle imprese*, *Atti del XXIII convegno AIDEA*, Milano, 2001.

ern markets and knowledge-based economies, both in a scientific and a philosophical perspective.

Bibliografia

CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, p. 911 ss.
CAFAGGI, *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, in www.nelMerito.com, 24 aprile 2009.
CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 925 ss.
CIOCCA, REY, *Per la crescita dell'economia italiana*, in *Ec. it.*, 2004, p. 333 ss.
COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione per una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione*, COM (2010) 614.
COZZI, DI BERNARDO, RULLANI, *Marketing e tecnologie dell'informazione: dall'economia di massa all'economia della varietà*, in *Scritti in onore di Luigi Guatri*, Bocconi, Milano, 1988.
COZZI, GENCO, *Le imprese italiane di fronte alla terziarizzazione e globalizzazione dell'economia*, in *Processi di terziarizzazione dell'economia e nuove sfide al governo delle imprese, Atti del XXIII convegno AIDEA*, McGraw-Hill, Milano, 2001.
DELFINO, *Il ruolo della conoscenza nell'evoluzione delle strategie competitive. Un'analisi delle principali determinanti del cambiamento*, in *Impresaprogetto*, 2005, n. 3, p. 1 ss.
GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema*, in *Contratti*, 2009, p. 932 ss.
RULLANI, *New-net-knowledge economy: le molte facce del post-fordismo*, in *Ec. e pol. industr.*, 2001, n. 110, p. 5 ss.

Cessione del credito a scopo di garanzia: tra massime mentitorie e autorità morale del precedente

Gabriella Verdura
Dottoranda di ricerca in Diritto privato nell'Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Errata massimazione: un caso pratico. – 3. *(Segue)* Utilizzo degli *obiter dicta.* – 4. Rapporto tra legislatore e precedente giurisprudenziale.

1. Introduzione

Realizzato ai fini della partecipazione ad un gruppo di studio diretto all'approfondimento della tematica inerente l'uso giurisprudenziale del precedente, questo contributo investe una questione previa rispetto quella di carattere generale che si è posta nel corso dei lavori, ossia se la giurisprudenza possa collocarsi in via di fatto tra le fonti del diritto[1].

È idea di chi scrive infatti che, prima di cimentarsi con un interrogativo di tale portata, sia opportuno esaminare la fase della formazione del precedente giurisprudenziale, allo scopo di sottolineare come spesso dottrina e giurisprudenza si richiamino al precedente in maniera impropria.

In poche parole: se proprio di "vincolatività di fatto" del precedente si voglia parlare, occorre che il precedente sia effettivo e non il frutto di una mera manipolazione degli interpreti.

In tale ordine di idee questo lavoro, attraverso la breve disamina di una tra le pronunce giurisprudenziali più conosciute in tema di cessione del credito in funzione di garanzia, vuole mostrare come, nel caso di specie, si sia verificata un'errata genesi di quello che è stato conside-

(1) Si fa presente come oramai il legislatore abbia introdotto (con la l. 18 giugno 2009, n. 69) nell'ordinamento, una norma, l'art. 118 disp. att. c.p.c. che vincola i giudici di merito ad adeguarsi all'orientamento consolidato della Cassazione ed un'altra, l'art. 360-*bis* c.p.c., che configura quale inammissibile il ricorso per Cassazione quando il giudice di merito abbia deciso tenendo conto dell'indirizzo costante dei supremi giudici.

rato per molto tempo “il” precedente giurisprudenziale con riguardo all’istituto in oggetto.

Su di un piano generale è opportuno anzitutto considerare che si ha cessione del credito in funzione di garanzia quando tra il cedente e il cessionario esiste, sin dall’inizio, un rapporto obbligatorio in cui il primo (cedente) assume le vesti del debitore e il secondo quelle di creditore. Alla scadenza del citato rapporto obbligatorio il debitore che versi in una situazione di debolezza economica può garantire al creditore cessionario l’adempimento della sua obbligazione attraverso il trasferimento di un suo personale credito. In questo modo la posizione giuridica del creditore originario viene consolidata e l’adempimento dell’obbligazione è maggiormente garantito.

Si verifica, così, un collegamento tra un contratto principale (obbligazione tra cedente e cessionario) e un rapporto accessorio (contratto di cessione) dove il secondo è in funzione di garanzia rispetto all’adempimento del primo.

Come è noto tale ipotesi ha sollevato particolari perplessità in ragione dell’ipotizzato contrasto con il divieto del patto commissorio.

Risulta quindi indispensabile procedere all’analisi dei precedenti in materia.

Premesso che, affinché assumano rilievo e “vincolatività” i cosiddetti orientamenti giurisprudenziali, è necessaria l’univocità degli stessi nell’ambito della medesima fattispecie, va rilevato che, proprio con riferimento alla cessione con scopo di garanzia, questi indirizzi giurisprudenziali sono tutt’altro che univoci, al contrario di quanto sostenuto da una parte della dottrina.

Al riguardo quella stessa giurisprudenza – che nel medesimo periodo sosteneva l’ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia – negava la validità di qualunque negozio avente ad oggetto il trasferimento della proprietà con effetto reale immediato o differito in funzione di garanzia(2), ove in concreto fosse ravvisata un’operazione effettuata in frode al divieto del patto commissorio.

Verrebbe da chiedersi che senso abbia l’atteggiamento della giurisprudenza, da un lato favorevole all’ammissibilità dell’alienazione con scopo di garanzia in riferimento alle cessioni di crediti e, dall’altro, contrario in riferimento alle alienazioni di beni mobili e immobili.

La dottrina sul punto ha fornito diverse risposte.

(2) Cass. 13 maggio 1983 n. 3800 in *Riv. not.,* 1983, II, p. 765 ss.: com’è noto tale sentenza ha determinato l’inversione del precedente orientamento giurisprudenziale in materia, favorevole alla validità dell’alienazione a scopo di garanzia con effetti immediati.

Alcuni autori(3) hanno sostenuto che l'efficacia del divieto posto all'art. 2744 c.c. debba intendersi quale circoscritta ai negozi traslativi della proprietà, considerato anche il fatto che, per quanto attiene la cessione del credito, non è trascurabile l'indice normativo di cui all'art.1198 c.c..

Altri autori(4) invece hanno osservato come la giurisprudenza abbia affrontato molteplici casi aventi ad oggetto la cessione del credito a scopo di garanzia, ma sempre con riferimento all'azione revocatoria fallimentare.

È stato altresì affermato che il carattere di questo istituto di garanzia, in ultima analisi defilato rispetto alle garanzie normalmente usate nella prassi, può forse aver concorso a non far riesaminare posizioni ormai consolidate(5): per questa ragione non si sarebbe sviluppata un'adeguata prospettiva critica in grado di verificare la "portata" del negozio in oggetto di fronte ad un ostacolo come quello rappresentato dal divieto contenuto all'art. 2744 c.c..

La motivazione della sentenza n. 6882 del 1997, I sez. Cass., favorevole all'ammissibilità della cessione di credito con scopo di garanzia, fa perno sul disposto dell'art. 2803 c.c., a tenore del quale nel pegno di crediti il creditore pignoratizio può incamerare direttamente, al momento della riscossione del credito datogli in pegno, quanto occorre sino a concorrenza del soddisfacimento del credito garantito.

La Suprema Corte ha argomentato nel senso che, se in tale disposizione non si ravvisa alcun contrasto rispetto all'art. 2744 c.c., le conseguenze non possano mutare neppure con riferimento al caso in cui venga incamerato il ricavo derivante dalla riscossione di un credito ceduto in garanzia, anziché dato in pegno.

Tuttavia, al fine di fornire una risposta soddisfacente, bisognerebbe chiedersi se questa motivazione sia frutto di un'analisi di ampio respiro circa la legittimità dell'istituto o meno.

(3) Di Rosa, in *Garanzie del credito e divieto del patto commissorio* in *Problemi di Diritto Privato*, Torino, 2010, p. 54; Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 210.

(4) Dolmetta, Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 104; Id., *Profili della cessione di crediti in garanzia*, in *Vita not.*, 1985, p. 944 ss..

(5) Dolmetta, Portale, *Profili della cessione di crediti in garanzia*, in *Vita not.*, 1985, p. 943, per cui «... la giurisprudenza, pur numerosa per quantità, mostra una gamma di oggetti di decisioni assai limitata. Si deve rilevare che, in sostanza, essa non ha avuto occasione di approfondire la figura in discorso in tutte le principali conseguenze che seguono al trasferimento del diritto a titolo di garanzia».

2. Errata massimazione: un caso pratico

Procedendo all'analisi della ben più risalente sentenza della Suprema Corte n. 4057 del 1956[6], cui la dottrina ha tributato notevole attenzione, è singolare osservare come due importanti studiosi abbiano classificato la medesima pronuncia in direzione diametralmente opposta.

Il primo ha affermato che la Corte avesse espresso perplessità circa la legittimità del negozio *de quo*[7], mentre per il secondo la sentenza in questione sarebbe da annoverare tra quelle inauguranti un nuovo filone giurisprudenziale favorevole rispetto all'ammissibilità della cessione del credito in funzione di garanzia[8].

Tuttavia, dall'attenta lettura dell'intero *corpus* della sentenza emerge come la S.C. non abbia in realtà affrontato l'argomento in oggetto.

Il Collegio si occupava del mandato di credito irrevocabile e richiamava la fattispecie *de qua* solo *incidenter tantum*, per cui deve concludersi come la formulazione della massima estrapolata dalla sentenza sia risultata fuorviante per gli interpreti.

Nella massima della sentenza in questione può leggersi:

«La cessione *pro solvendo*, pur avendo funzione solutoria, può essere destinata a una mera funzione di garanzia, e ciò in modo diretto ed esclusivo e non soltanto in guisa indiretta e combinata con la funzione solutoria. Peraltro, essendo la cessione *pro solvendo* di per se stessa traslativa del credito, la sua destinazione a scopo di garanzia presuppone un negozio anomalo e complesso, comprendente tra l'altro l'impegno del cessionario di non esigere il credito se non in caso di insolvenza del cedente o comunque di inadempimento delle sue obbligazioni e di retrocederlo dopo avvenuto il pagamento da parte di quest'ultimo».

In realtà, scorrendo per intero il testo della sentenza, si scopre che quella riportata *supra* era solamente una tesi della ricorrente, di fronte alla quale la Corte di Cassazione si è pronunciata in questi termini:

«In ogni modo, "anche ammessa" la tesi sostenuta al riguardo dalla

(6) In *Giust. Civ.*, 1957, I, p. 637 ss; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 281 ss., con nota di REDENTI, ed oggetto di successivo parere *pro veritate*, redatto da BIGIAVI, in *Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 287 ss..

(7) TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria),* in *Fall.*, 2005, p. 486 ss..

(8) LASCIALFARI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in CHINÈ, LASCIALFARI, MAGNI, *Le garanzie rafforzate del credito*, a cura di CUFFARO, Torino, 2000, p. 269, nt. 50.

ricorrente, in presenza di una cessione *pro solvendo*, sarà una questione di fatto lo stabilire se essa sia stata operata a scopo solutorio o con mera funzione di garanzia; e, nella specie, la Corte di Genova non ha mancato di proporsi tale questione, risolvendola in senso contrario all'assunto della Banca».

È proprio l'espressione "anche ammessa", sulla quale si è inteso focalizzare l'attenzione del lettore, che ci fa capire come la Corte di Cassazione abbia evitato di affrontare il problema della cessione del credito con scopo di garanzia.

Una sentenza di tal genere non è pertanto indicativa dell'accoglimento di alcuna delle impostazioni sopra richiamate.

Quanto accaduto non può che riportare il pensiero agli studi del Gorla(9), il quale addebitava varie "tare" alle raccolte giurisprudenziali del tempo, fra cui l'omissione dell'esposizione del fatto, per cui l'estensore redigeva soltanto la motivazione, come avvenuto anche nella sentenza sopra citata, rendendo impossibile un confronto fra il principio di diritto espresso dal Collegio e la fattispecie controversa.

Altro *punctum dolens* segnalato dal Gorla riguarda il lavoro tutt'altro che certosino dei massimatori, i quali spesso – nel corso della redazione delle massime – travisano il significato di una sentenza, trasformando in precedente giurisprudenziale un passo della decisione che non avrebbe dovuto essere valutato in tal senso, alla luce del caso nel suo complesso, o peggio – come nel caso di specie – classificando la sentenza come precedente rispetto ad una vicenda in cui la Corte aveva optato per una diversa qualificazione giuridica.

Rispetto a siffatto *modus operandi*, sembra aver tratto giovamento parte della dottrina(10) che è riuscita ad attestare come acquisite sul piano giurisprudenziale talune interpretazioni relative ad operazioni contrattuali diffuse nella prassi (mentre in realtà acquisite non lo erano affatto), nonché a giovarsi del sostegno di una giurisprudenza ignara di aver contribuito alla formazione di un precedente su determinate fattispecie (e che magari avrebbe espresso soluzioni non necessariamente uniformi a quelle espresse dalla dottrina).

Tuttavia, se il Gorla vinse alcune battaglie, fra cui l'obbligatorietà

(9) GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze* in *Foro it.*, 1964, V, c. 73 ss..

(10) Si ricorda come le opinioni espresse nel presente scritto abbiano come unico e precipuo oggetto il tema della cessione del credito a scopo di garanzia e come un discorso più generale non possa essere affrontato, a causa dell'esiguità dei tempi di lavoro.

dell'indicazione del fatto nel corpo della sentenza[11] – tramite cui si rende agevole per il lettore la comprensione del caso trattato rispetto alla motivazione in diritto – è rimasto insoluto il problema delle massime non conformi rispetto al contenuto della sentenza, e da qui la dottrina è giunta a parlare di "massima mentitoria", come sostenuto da Rodolfo Sacco[12].

Procedendo in tal direzione, è sicuramente etichettabile quale "massima mentitoria" quella estratta dalla sentenza del 1956, dalla cui lettura sembrerebbe ammesso il riconoscimento della cessione del credito in funzione di garanzia da parte della giurisprudenza di legittimità, quando invece la sentenza non si occupa dell'ammissibilità della suddetta fattispecie.

3. (Segue) Utilizzo degli obiter dicta

È altresì imprescindibile considerare l'ulteriore profilo relativo alla formazione del precedente: l'utilizzo degli *obiter dicta.*

Sul punto occorre richiamare gli studi del Taruffo[13] afferenti la questione dell'inefficacia degli *obiter dicta*: infatti, secondo l'autore citato, normalmente la massima si configura come enunciazione generale e astratta, non correlata ai fatti del singolo caso deciso, né alla decisione concreta dello stesso.

Di conseguenza, riproponendo una posizione affine rispetto a quella desumibile dai lavori del Gorla, non è dato sapere se la massima esprima la reale *ratio decidendi* del caso, o se in realtà essa non faccia altro che riprodurre un *obiter dictum*: questa valutazione richiederebbe infatti di rapportare l'astratta enunciazione di diritto ai fatti del caso concreto, ma ciò non è possibile nel caso delle massime.

La loro eventuale corrispondenza alla effettiva *ratio decidendi* è affidata solo alla capacità di colui che le formula, ed è quindi assolutamente aleatoria; sono anzi frequenti i casi in cui le massime riproducono *obiter dicta*, perché il massimatore si è limitato a estrapolare dalla sentenza l'enunciazione di una regola giuridica, senza verificare se essa costituisse davvero la base giuridica della decisione.

(11) Così LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 236.

(12) SACCO, *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di VISINTINI, Atti del Convegno di Genova, 11-12 marzo 1988, Padova, 1988, p. 51 ss..

(13) TARUFFO, *Giurisprudenza* (voce), in *Enc. giur. Treccani Scienze soc.*, IV, Roma, 1994, p. 359 ss..

Può così accadere che un *obiter dictum* diventi il punto di partenza per la formazione di una giurisprudenza consolidata, ed è proprio questo il caso che ci occupa.

Si tratta evidentemente di fenomeni degenerativi, contro i quali sono sorte da tempo vivaci polemiche, rimaste tuttavia prive di effetto.

In realtà le massime, e l'uso prevalente di impiegarle per quello che sono (ovvero senza concreto riferimento al caso deciso, ed al ruolo che in quella decisione ha avuto ciò che è contenuto nella massima), rappresentano elementi che si pongono in netto contrasto con l'uso corretto del precedente.

Da ciò deriva l'esigenza, che si va da più parti affermando, di razionalizzare l'impiego dei precedenti verificando l'attendibilità delle massime e soprattutto individuando, nella decisione che si assume come precedente, la regola di diritto che davvero ha costituito la base per la decisione sui fatti del caso concreto[14].

È evidente come, affinché la regola del caso concreto espressa nell'ambito di una controversia giudiziaria possa fungere da precedente, essa deve essere effettivamente reiterata nel tempo da parte della giurisprudenza, e non a caso si parla di “precedenti autorevoli” o di “precedenti consolidati”. Nel caso *de quo*, invece sembra verosimile che ciò non sia avvenuto, considerate anche le “predilezioni” della magistratura a favore dei creditori chirografari, e quanto ciò si discosti da quelle pronunce che ammettono la costituzione di una sorta di “prelazione impropria”[15].

(14) GALGANO, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Padova 1988, p. 504 ss.; GORLA, *Precedente giudiziale* (voce), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma 1990; SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988, p. 519 ss..

(15) Espressione che si ritrova nelle sentenze di Trib. Catania, 7 Ottobre 1963 in *Dir. fall.* 1963, II, p. 768 e successive, e di Trib. Lecce, 18 Giugno 1956, in *Dir. fall.* 1957, II, p. 729 ss. Perplessità in merito sono state espresse anche in dottrina da DOLMETTA, PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 943, testo e nt. 18, secondo i quali la posizione assunta dalla giurisprudenza in tema di cessione del credito in funzione di garanzia costituirebbe un'indubbia anomalia rispetto al favore verso i creditori chirografari, forse dovuta all'utilizzazione limitata della figura in esame. Sul punto la dottrina citata richiama infatti anche la posizione opposta della giurisprudenza di legittimità nell'alienazione con scopo di garanzia a partire dal 1983, e procedendo ad un'analisi comparatistica, (*ivi*, p. 942, nt. 14) evidenzia come ad esempio in Belgio la posizione della dottrina – poi recepita dal legislatore nel codice civile del 1988 – sia contraria alla cessione in garanzia per la violazione del divieto del patto commissorio, senza distinguere a seconda che l'oggetto della garanzia sia un bene “corporale” o “incorporale”, inclusa la cessione del credito.

4. Rapporto tra legislatore e precedente giurisprudenziale

Con riguardo alla materia in oggetto è stato spesso sostenuto che il legislatore, disponendo in merito alla stessa, altro non abbia fatto che ratificare i precedenti giurisprudenziali esistenti, in virtù della loro forza propulsiva. Sorge pertanto spontaneo un interesse all'indagine dei rapporti intercorrenti tra legislatore e precedente giurisprudenziale nel caso *de quo*.

Questa considerazione ci porta al d.lgs. n. 170/2004 di attuazione della Direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria, che esordisce definendo – nell'art. 1 – quali contratti di garanzia finanziaria, ai fini della disciplina dettata in seguito, «il contratto di pegno, il contratto di cessione del credito, o il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia».

Potrebbe sembrare a prima vista, e così è apparso ad alcuni degli esponenti del panorama dottrinale italiano(16), che si tratti del riconoscimento normativo, seguito a quello giurisprudenziale, della piena ammissibilità dell'utilizzo con finalità di garanzia della figura negoziale "neutra" della cessione del credito.

Rispetto a quest'ultima valutazione sorge una prima obiezione, dal momento che il legislatore, con l'emanazione del d.lgs. n. 170/2004, ha legiferato su una materia alquanto settoriale, quale il campo dell'erogazione delle garanzie finanziarie tra soggetti qualificati dell'ordinamento giuridico; inoltre in alcuna parte del citato decreto si ravvisa un intento del legislatore di estendere l'ambito di applicazione ad altre fattispecie.

Riprendendo la tesi secondo cui il legislatore sarebbe stato indotto ad ammettere tale figura negoziale in virtù della forza propulsiva dei precedenti giudiziali bisogna però precisare che tale orientamento andrebbe considerato con estrema cautela.

In primo luogo, è opportuno rilevare – nonostante spesso i contributi dottrinali tacciano rispetto a tale circostanza – come il recente intervento legislativo che consente la cessione di crediti con scopo di garanzia non sia dissimile dai risalenti provvedimenti normativi di cui può in questa sede farsi solo una breve menzione, quali: l'art. 18, l. 25 luglio 1952, n. 949, che autorizza il Mediocredito ad «effettuare finanziamenti contro cessione in garanzia, totale o parziale, di crediti»; il d.m. 21 dicembre 1953, che autorizza l'Opera nazionale combattenti a concedere finanziamenti «garantiti da cessione di credito»; l'art. 35 d.l. C.p.S. 10 aprile 1947, n. 261, che autorizza taluni enti creditizi «a concedere ai

(16) CARRIÈRE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, p. 186, nt. 4; TARZIA, *op. cit.*, p. 486.

proprietari dei fabbricati da riparare, finanziamenti provvisori contro cessione del contributo dello Stato».

Questa elencazione, riportata a titolo meramente esemplificativo, dimostra come oltre cinquanta anni fa il legislatore si era posto i medesimi quesiti e li aveva risolti attraverso una deroga, limitata a talune fattispecie molto circoscritte, dei principi generali in materia di divieto del patto commissorio.

Nei summenzionati esempi di legislazione speciale sicuramente entrava in gioco la tutela di interessi pubblici statali, i quali, probabilmente, nell'ambito di un giudizio di comparazione degli interessi, erano stati ritenuti di carattere prioritario rispetto all'esigenza di tutela del debitore e di rispetto del principio della *par condicio creditorum*(17).

Alla luce di tali acquisizioni risulta possibile ipotizzare come la giurisprudenza, nelle prime pronunce che attestano l'ammissibilità di una tale figura negoziale, si sia fatta condizionare dall'esistenza di molteplici contributi normativi che, sebbene settoriali, rivestivano già all'epoca una sicura rilevanza, almeno da un punto di vista eminentemente pratico.

Non sembra pertanto fuori luogo chiedersi se siano stati gli interventi giurisprudenziali ad aver esercitato una pressione circa la necessità di un intervento normativo che ratificasse un orientamento giurisprudenziale consolidato, o se non sia stato piuttosto il legislatore, in tempi risalenti, ad aver esercitato un'influenza non trascurabile sulle posizioni giurisprudenziali.

Risulta pertanto possibile, alla stregua di quanto suesposto, rileggere in chiave critica la tesi, espressa per la prima volta da un autorevole

(17) In dottrina molti contributi hanno cercato di argomentare le ragioni della nullità del patto commissorio. Si è discettato in merito ad una norma di favore per il debitore, o di favore per i creditori, al fine del rispetto della *par condicio creditorum*: infatti gli interessi del debitore bisognoso di denaro possono essere pregiudicati sia dalla coartazione esercitata dal creditore per appropriarsi di un bene del primo nella convinzione che egli non riuscirà ad adempiere, sia dalla sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene preteso dal creditore, sproporzione che potrebbe anche celare l'usura, colorando così di immoralità il patto. Per quanto attiene al pregiudizio per gli altri creditori, esso è rilevato sia nella circostanza per cui il patto commissorio verrebbe a creare una causa di prelazione non prevista dalla legge, sia nel fatto che il creditore favorito dal patto si avvantaggerebbe del maggior valore del bene rispetto al debito garantito. Altra teoria accreditata è quella che fa leva sull'usurpazione di funzioni statali. È stato sostenuto, infatti, che «il divieto del patto commissorio è una manifestazione di un principio generale: non è lecito un assoggettamento convenzionale del debitore ad un potere di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore. La tutela del diritto è riservata allo Stato come monopolio esclusivo»; inoltre «Il patto è nullo perché con esso il debitore si sottomette ad una esecuzione privata, cioè senza l'intervento degli organi dello Stato» da Bianca, *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 216 ss..

giurista degli inizi del XX secolo – Eduardo Piola Caselli[18] – secondo cui «la giurisprudenza si collocherebbe in via di fatto tra le fonti del diritto, rappresentando uno strumento di controllo della legislazione, nonché un fattore di promozione delle riforme legislative, ed infine lo specchio rivelatore dei nuovi bisogni etici e sociali»[19]. Non è possibile infatti dimenticare l'innegabile ruolo svolto dalle pratiche negoziali nell'ambito di quest'intricata vicenda. A tal riguardo, sembra appropriato citare quella dottrina[20] secondo la quale il dialogo della giurisprudenza con le istanze della società non è rappresentato solamente da quello tra la magistratura ed il legislatore, poiché vi sono altri interlocutori con i quali essa si confronta[21].

Si può pertanto concludere come, se anche si voglia considerare, e ciò è possibile solo parzialmente, la giurisprudenza quale una tra le fonti "di fatto" del diritto, è opportuno che essa sia elevata a tale ruolo in modo più cosciente, così che almeno si eviti la creazione di filoni giurisprudenziali fittizi in rapporto a settori relativi ad interessi particolarmente sensibili come quelli testé analizzati.

Abstract

The purpose of this contribution is to show an incorrect genesis of the legal precedent, referring to the assignment of receivables as collateral, through the analysis of the so called "leading case" on the topic.

The legal orientations must be unique in order to be binding.

However it should be noted, related to the assignment of receivables as collateral, that the case law is far from being univocal, even though some scholars have recognized a kind of uniformity.

Analyzing the judgment of the Supreme Court n. 4057 of 1956, it is noteworthy to observe that two important scholars have expressed two different ideas about the same pronunciation.

(18) Riportato da ALPA, nella relazione conclusiva al Convegno *Aristec* di Perugia del 25-26 giugno 1999, pubblicata in AA.VV., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico – comparatistici.*, Torino, pp. 215 e 216, nt. 75-78.

(19) SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e* common law*: due sistemi ancora distanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 124.

(20) Atti del Convegno di Genova, 11-12 marzo 1988, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visintini, Padova, 1988, p. 429.

(21) Ad esempio le prassi.

In the view of the first scholar, the Court was concerned about the legitimacy of such a legal transaction; on the other hand, the above mentioned judgment has been counted among those judgments in favour of the eligibility of the assignment of receivables as collateral.

However through a careful reading of the entire judgment, it emerges that the issue has not be really addressed by the S.C. (S.C. has not really addressed this issue).

It is common that the abridgment mirrors "obiter dicta", because the abridgers simply extrapolate the enunciation of a rule of law without verifying whether it is really the legal basis of the decision.

It may well happen that an "obiter dictum" becomes the starting point for the formation of a "binding" precedent: that is the case.

This may be regarded as an example of a degenerative phenomenon. Even though this anomaly has been strongly opposed, no significant effect has been noticed so far.

PARTE III

Osservatorio

CASSAZIONE PENALE, II Sezione, 9 febbraio 2011, n. 4638 – Bardovagni Presidente – Diotallevi Estensore.

Truffa – Reati tributari – Emissione fatture per operazioni inesistenti – Prescrizione – Dies a quo – Principio di specialità

(Codice penale, art. 640, co. 2, n. 1; d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 8, co. 3).

Può essere attribuita a carico di una semplice dipendente l'attività di illecita gestione del personale idonea a concretizzare gli illeciti di truffa nei confronti degli enti previdenziali e di emissione di fatture irregolari, in quanto tali comportamenti penalmente rilevanti possono non essere attribuiti esclusivamente alla responsabilità del datore di lavoro. La decisione di emettere fatture false si può, pertanto, ascrivere oltre che in capo al datore di lavoro anche alla dipendente, rilevando all'esterno l'attività materiale svolta dalla dipendente di compilazione dei documenti medesimi.

Si applicano anche ai processi già pendenti in grado di appello o avanti la Corte di cassazione i nuovi termini di prescrizione previsti dalla L. n. 251 del 2005, art. 10, comma 3, pur se più brevi dei precedenti.

(*Omissis*). – Motivi della decisione. – CS ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza, in data 14 dicembre 2009, della Corte d'appello di Brescia, con cui è stata confermata la condanna per i reati di cui agli artt. 81 cpv. e 110 c.p., art. 640 c.p., comma 2, n. 1, e D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 8, comma 3, del GUP del Tribunale di Brescia del 13 luglio 2005, con conseguente condanna alla pena di mesi sei di reclusione e Euro 200,00 di multa, e sostituzione della pena detentiva nella corrispondente pena pecuniaria di Euro 6.840, con il beneficio della non menzione e chiedendone l'annullamento, lamenta:

a) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e. Contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione.

La ricorrente censura la ricostruzione operata dai giudici di merito e l'attribuzione a suo carico, pur essendo una semplice dipendente, dell'esecuzione di modalità di illecita gestione del personale, concretizzanti gli illeciti di truffa nei confronti degli enti previdenziali nonché l'attività di emissione di fatture irregolari. In realtà tali comportamenti penalmente rilevanti dovevano essere attribuiti esclusivamente alla responsabilità

del datore di lavoro, di cui la stessa in realtà si era limitata ad eseguire gli ordini finalizzati a coprire tra l'altro pagamenti in nero e una doppia contabilizzazione interna dei movimenti finanziari. La decisione di emettere fatture false doveva essere ascritta esclusivamente in capo al datore di lavoro, non rilevando all'esterno la sua attività materiale di compilazione dei documenti medesimi.

b) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) ed e). Inosservanza o erronea applicazione della legge penale. Estinzione per prescrizione dei reati commessi. In subordine questione di legittimità costituzionale della L. n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicabilità della nuova disciplina della prescrizione ai reati oggetto di sentenze precedenti alla sua entrata in vigore.

La ricorrente lamenta che i giudici della Corte d'appello, al momento della pronuncia della sentenza, in data 14 dicembre 2009, avrebbero dovuto dichiarare la prescrizione dei reati contestati commessi sino al 14 giugno 2002, essendo ormai trascorso il termine di sette anni e mezzo previsto dalla legge. In subordine solleva q.l.c. della disciplina transitoria di cui alla L. n. 251 del 2005, art. 10, comma 3, nella parte in cui non consente l'applicazione del nuovo calcolo della prescrizione ai processi non definiti in primo grado al momento dell'entrata in vigore della L. n. 251 del 2005.

c) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b). Inosservanza o erronea applicazione della legge penale.

Assoluzione dal reato di truffa aggravata ex art. 640 c.p. e applicazione del reato meno grave di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 37.

Secondo la ricorrente le condotte in esame non sarebbero state caratterizzate da artifici e raggiri e quindi non avrebbero potuto concretizzare il reato di truffa.

d) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b). Inosservanza o erronea applicazione della legge penale. Assoluzione dal reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti. Difetto dell'elemento soggettivo. La ricorrente deduce che non sarebbe configurabile nei suoi confronti il dolo specifico in ordine al reato di falsa fatturazione, essendosi limitata ad eseguire indicazioni del proprio datore di lavoro.

e) Estinzione di tutti i reati per prescrizione, essendo decorsi oltre sette anni e mezzo dall'ultimo reato contestato (ottobre 2002).

Osserva la Corte che il ricorso deve essere accolto nel senso di seguito chiarito.

Questa Corte ha ritenuto già non manifestamente infondata, in relazione all'art. 117 Cost., la questione di legittimità costituzionale della L. n. 251 del 2005, art. 10, comma 3, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti la Corte di cassazione (v. Cass., sez.

2^, 27 maggio 2010, n. 22357, C.E.D. Cass., n. 247321). La questione è stata sollevata anche in questa sede. Orbene la circostanza comporta che il ricorso non possa ritenersi manifestamente infondato e quindi inammissibile, e che conseguentemente possa trovare applicazione in questa sede l'istituto della prescrizione.

Pertanto, anche individuando il termine iniziale della prescrizione, per tutte le violazioni, dalla data di cessazione della continuazione tra i reati, ottobre 2002, gli stessi risultano ormai prescritti al momento della celebrazione del presente procedimento, essendo ampiamente decorso il termine di sette anni e mesi sei dalla loro consumazione (ottobre 2002).

Pur essendo infondati tutti gli altri motivi, risolvendosi le censure in valutazioni in fatto inammissibili in questa sede, in quanto la valutazione operata dai giudici di primo e secondo grado appare esente da censure logico giuridiche, e non vi è possibilità di applicazione nel merito dell'art. 129 c.p.p., in relazione al ruolo svolto dalla CS, e correttamente descritto dai giudici di primo e secondo grado, all'accoglimento di tale motivo di ricorso consegue l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, in quanto tutti i reati sono comunque prescritti.

Ai sensi dell'art. 129 c.p.p. va dichiarata l'estinzione di tutti i reati per prescrizione.

Il reato di emissione di fatture e documenti per operazioni inesistenti alla luce delle più recente giurisprudenza della Cassazione

Alberto Barbazza
Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia
Magistrato Ordinario in tirocinio

1. I profili di antigiuridicità nella vicenda giunta all'attenzione dei Giudici della Suprema Corte

Con la sentenza 9 febbraio 2011, n. 4638, la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla responsabilità penale di una dipendente accusata di concorso nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti, previsto dall'art. 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Per i giudici di legittimità questa è stata così l'occasione per precisare che è possibile ritenere responsabile, a titolo di concorso nel reato, un dipendente che, eseguendo disposizioni impartitegli dal titolare dell'attività, abbia fornito un contributo significativo nell'emissione di documenti per operazioni inesistenti.

La questione nasce dall'impugnazione, da parte di una dipendente condannata per il reato in commento, sia in primo che in secondo grado, alla pena di sei mesi di reclusione e 200 euro di multa.

In realtà, secondo la ricorrente, tale reato doveva essere contestato esclusivamente al datore di lavoro, in quanto la stessa si era limitata ad

eseguire ordini impartiti da quest'ultimo, e solo a tal fine si era adoperata per coprire tra l'altro pagamenti in nero e la doppia contabilizzazione dei movimenti finanziari.

La ricorrente ha anche eccepito che non poteva configurarsi nei suoi confronti il dolo specifico – richiesto per la configurabilità del reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti dall'art. 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 – consistente nella volontà di consentire a terzi l'evasione, in quanto la mera attività materiale di compilazione dei documenti non può produrre alcun effetto esterno all'ambito aziendale.

I giudici di legittimità, dopo aver rilevato l'intervenuta prescrizione del reato contestato, hanno tuttavia osservato la fondatezza delle argomentazioni contenute nelle pronunce dei giudici di primo e secondo grado, sulla cui scorta era stata condannata la ricorrente.

Merita spendere alcune parole in relazione al profilo ulteriore dell'antigiuridicità: in particolare, in un caso come quello affrontato dai giudici di legittimità nella sentenza in commento, ci si potrebbe interrogare sull'ambito di operatività che residua per la scriminante di cui all'art. 51 c.p.

In via generale, occorre precisare che nessun dubbio può sorgere relativamente alla necessità di escludere l'applicabilità diretta della norma di cui all'art. 51, seconda parte, c.p.(1).

La causa di giustificazione dell'adempimento del dovere, infatti, si riferisce, stante la sua formulazione letterale, esclusivamente all'ordine impartito dalla pubblica Autorità; ciò è confermato altresì dall'indagine sulla *ratio* della disposizione: l'esclusione della punibilità *ex* art. 51 c.p. opera allorquando l'ordine impartito sia diretto a soddisfare un interesse di grado pari o superiore a quello protetto dalla norma penale violata con la condotta ordinata.

Secondo parte della dottrina(2), tuttavia, l'ordine impartito da un privato avrà rilevanza in soli due casi: allorché sia diretto – circostanza tutt'altro che agevole da ipotizzare – a tutelare interessi collettivi e preminenti rispetto ai beni giuridici tutelati dalla legge penale: in tal caso potrà essergli riconosciuta portata scriminante *tout court*; l'altro caso consiste nel considerare l'ordine del privato alla stregua di un parametro per valutare la colpa dell'inferiore(3): l'esecutore dovrà così esser ritenuto esente da colpa qualora non sia in grado di rendersi conto del conte-

(1) L'indagine su tale ambito può essere proficuamente svolta attenzionando il caso di cui si è occupata la Cassazione nella sentenza 9 febbraio 2011, numero 4638, in `www.italgiure.giustizia.it`, di cui avremo modo di occuparci in seguito.

(2) Garofoli, *Manuale di diritto penale* 2, Roma, 2010, p. 589 ss.

(3) Mantovani, *Diritto Penale*4, Padova, 2009, p. 252 ss.

nuto illecito dell'ordine e della conseguente criminosità della condotta.

Tale linea di pensiero è sposata anche dai giudici di legittimità, secondo i quali «la disposizione dell'art. 51 c.p. prende in considerazione esclusivamente i rapporti di subordinazione previsti dal diritto pubblico e non anche i rapporti di diritto privato, come quelli intercorrenti fra i privati datori di lavoro ed i loro dipendenti, per i quali non può trovare applicazione la predetta causa di giustificazione, mancando un potere di supremazia del superiore riconosciuto dalla legge»[(4)].

2. Interrogativi in merito alla tipicità e materialità del fatto di reato delineato dal legislatore

Per meglio comprendere le motivazioni della Corte, giova brevemente analizzare la disposizione incriminatrice presa in considerazione dalla sentenza, ovvero l'art. 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Con il decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 il Governo, in attuazione della delega conferita dal Parlamento con l'art. 9, l. n. 205/1999, ha provveduto a dettare una nuova e compiuta disciplina per i reati tributari inerenti la materia delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

In particolare, secondo la disposizione dell'art. 8, rubricato quale reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

La condotta descritta dal legislatore è chiara e consiste nel rilascio di qualunque tipo di documento – il termine fattura, infatti, deve intendersi avere carattere meramente esemplificativo – idoneo a fornire un supporto contabile ad operazioni in realtà mai avvenute.

Soggetto attivo del reato può essere chiunque emette fatture o documenti per operazioni inesistenti, anche se non obbligato alla tenuta di scritture contabili; viene però esclusa ex art. 9 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in espressa deroga all'art. 110 c.p., la configurabilità del concorso dell'emittente le fatture per operazioni inesistenti nel reato di dichiarazione fraudolenta commesso dall'utilizzatore (art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) e, specularmente, del concorso dell'utilizzatore nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti.

La *ratio* di tale esclusione per alcuni commentatori deve essere ri-

(4) Cass. Pen., sez. V, 28 maggio 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 48. Nello stesso senso Cass. Pen., sez. V, 21 aprile 1983, in *Giust. pen.*, 84, II, p. 426.

cavata dal fatto che su un piano generale l'art. 8 andrebbe letto come antitetico rispetto al reato previsto dall'art. 2 del medesimo decreto[5]; tale rilievo, però, non sembra ostare ad un possibile concorso materiale fra le due norme citate. La ragione dell'esclusione deve perciò essere individuata in una scelta discrezionale del legislatore, il quale ha predisposto il nuovo testo normativo informandolo alla repressione dei soli fatti che comportino un rilevante danno per l'erario, nel pieno rispetto del principio di offensività in concreto della fattispecie penale[6].

Deve evidenziarsi, invero, che il legislatore, con la previsione in commento, si è in parte scostato dal principio della effettiva lesività ed ha inteso colpire un comportamento prodromico all'evasione, consistente nella predisposizione di documentazione falsa, idonea a consentire ad altri l'esposizione in dichiarazione di costi non reali: deve, infatti, ritenersi che il reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti sia un reato di pericolo attraverso cui il legislatore ha inteso sanzionare comportamenti strumentali all'evasione.

Quanto al significato della locuzione "fatture od altri documenti emessi per operazioni inesistenti", elemento costitutivo del delitto in parola, il legislatore all'art. 1, co. 1, lett. *a)*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, chiarisce che debbono ritenersi tali quelli rilasciati a fronte di operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte, o che indicano i corrispettivi o l'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi. In merito è intervenuta anche la giurisprudenza: la Suprema Corte[7] ha chiarito sia che l'art. 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 punisce ogni tipo di divergenza tra la realtà commerciale e l'espressione documentale dell'operazione e, quindi, non soltanto la mancanza assoluta dell'operazione stessa, sia che la norma va letta in combinato disposto con l'art. 1, co. 1, lett. *a)*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 che, come visto, contempla distinte ipotesi

(5) L'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 sanziona chi, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto ed avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica, in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, elementi passivi fittizi.

(6) In ordine a tale concetto si veda *ex plurimis* C. Cost. 7 luglio 2005, n. 265, in `www.italgiure.giustizia.it`, nonché Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 28605, in *Foro it.*, 2008, 12, II, c. 620, con nota di Amato, e *Foro it.*, 2009, 1, II, c. 5 con nota di Gandini; nonché in *Cass. pen.*, 2008, 12, II, p. 4503, con nota di Beltrani e in *Dir. pen. proc.*, 2008, 12, p. 1521, con nota di Grilli.

(7) Cass. Pen., 8 luglio 2010, n. 26138, in `www.italgiure.giustizia.it`, pronuncia nella quale la Suprema Corte afferma che «la falsa fatturazione quantitativa è punita non solo nel caso in cui la divergenza tra il reale e il rappresentato è totale, ma anche quando è parziale e l'operazione economica si sia effettivamente verificata tra i soggetti indicati in fattura, ma in termini minori rispetto al dichiarato».

di inesistenza, una c.d. oggettiva ed una soggettiva.

Il primo tipo ricorre laddove le operazioni non siano realmente effettuate in tutto o in parte. Tale inesistenza può, a sua volta, assumere le forme dell'inesistenza assoluta o di quella relativa (ad esempio nel caso di sovrafatturazione quantitativa o di emissione di fatture o altri documenti in cui siano esposti corrispettivi o IVA in misura superiore al reale, cosiddetta soprafatturazione qualitativa).

Si parla invece di inesistenza soggettiva nei casi in cui detti documenti riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi: ad esempio nel caso in cui l'operazione è effettivamente avvenuta, ma è intercorsa tra parti differenti da quelle risultanti nei documenti contabili.

Occorre poi, per una completa disamina dell'argomento, soffermarsi, seppur brevemente, sulla portata offensiva della condotta delineata dalla disposizione in parola. In particolare, quanto al concetto di frode, appare giusto riferirsi, come acutamente osservato da taluni autori[(8)], alla definizione delineata dalla Convenzione europea in materia di tutela degli interessi finanziari del 26 luglio 1995, ratificata dall'Italia con l. 29 settembre 2000, n. 300. Alla luce di tale Convenzione, costituisce frode qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale dell'Unione Europea o dei bilanci gestiti per conto di essa, ovvero relativa alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto, ovvero alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto (art. 1, par. 1, lett. b) Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995).

3. *L'elemento soggettivo necessario alla configurazione del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti*

Quanto all'elemento psicologico necessario per poter configurare il reato previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 74/2000, va precisato che non è sufficiente il dolo generico consistente nella coscienza e volontà di realizzare la condotta tipica; il legislatore, infatti, ha inteso configurare la fattispecie richiedendo anche il dolo specifico, in ottemperanza alla *ratio*, che informa tutto il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, di garantire il perseguimento dei soli reati concretamente offensivi per l'erario, escludendo la punibi-

(8) Di Gregorio, Mainolfi , Rispoli, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, 2011, p. 19.

lità di quelle condotte che consentano a terzi l'evasione *tout court*, né l'evasione di tributi diversi rispetto a quelli citati dal legislatore. Il dolo specifico deve consistere nel fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto(9), anche se tale inciso va letto in correlazione con l'art. 1, co. 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 74/2000, secondo il quale nel fine di consentire l'evasione deve intendersi ricompreso anche quello di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta(10).

In conseguenza, sarà punibile anche chi ha consegnato la documentazione allo scopo di consentire l'evasione, indipendentemente dal verificarsi della stessa, in quanto il reato si consuma nel momento in cui la fattura o gli altri documenti vengono trasferiti, nei modi di legge, nell'altrui disponibilità, indipendentemente dall'avvenuta evasione fiscale da parte del soggetto terzo(11).

4. L'annoso problema della successione di leggi penali incriminatrici: sussiste continuità normativa fra il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e la l. 7 agosto 1982, n. 516?

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha specificato che, ai sensi della nuova formulazione legislativa, costituisce elemento

(9) Sul tema di cui si tratta, meritano essere ricordate le considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione Penale nella sentenza 12 gennaio 2011, n. 608, in www.italgiure.giustizia.it: «il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti si configura come un delitto di pericolo astratto ed ai fini del perfezionamento della fattispecie è sufficiente il mero compimento dell'atto tipico, rimanendo irrilevante il successivo annullamento dei documenti fiscali a latere della risoluzione dei contratti e negozi costituenti il relativo titolo».

(10) La Cassazione ha peraltro sostenuto che «l'evasione di imposta non è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice del delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti, ma configura un elemento del dolo specifico normativamente richiesto per la punibilità dell'agente, in quanto per integrare il reato è sufficiente che l'emittente di fatture si proponga il fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sul reddito o sul valore aggiunto, ma non anche che il terzo consegua effettivamente la evasione»: cfr. Cass. Pen., 9 febbraio 2011, n. 4638, in www.italgiure.giustizia.it.

(11) In ordine al tema che ci occupa, cfr. Cass. Pen., 1 ottobre 2010, n. 35453, in www.italgiure.giustizia.it, in cui la Suprema Corte, dopo aver osservato che non è affatto irrilevante, sotto il profilo penale, il contributo materiale e/o psicologico di altro soggetto diverso dall'emittente che abbia, con la sua condotta, fornito collaborazione alla realizzazione del fatto-reato, ha ritenuto responsabile il professionista ricorrente in quanto lo stesso aveva ricoperto un "ruolo essenziale" nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti. Ciò in quanto, presso il locale in cui era ubicato lo studio, erano state reperite non solo fatture non contabilizzate, ma anche strumenti per la predisposizione dei documenti falsi, dai quali i giudici di legittimità hanno fatto discendere la partecipazione cosciente e volontaria del professionista alla condotta criminosa del contribuente.

costitutivo del reato di emissione di fatture false il dolo specifico che si identifica nel fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, escludendo l'esistenza del reato tributario nelle altre ipotesi[12].

Pertanto, deve ritenersi che la nuova normativa sui reati tributari abbia previsto solo una parziale *abolitio criminis*, allorché l'emissione di fatture non sia stata posta in essere con intento evasivo a favore di terzi. Nel caso sia riscontrato, viceversa, il dolo specifico cui si riferisce la disposizione, dovrà optarsi per la sussistenza di un rapporto di continuità normativa fra la norma in commento e la precedente disciplina di cui alla l. 7 agosto 1982, n. 516.

L'art. 8, infatti, in armonia con la *ratio* del nuovo sistema penale tributario – informata, come detto già precedentemente, alla repressione dei soli fatti che comportino un rilevante danno per l'erario – configura il reato di emissione di fatture solo qualora tale condotta sia finalizzata a consentire a terzi l'evasione fiscale, in quanto trattasi di comportamento considerato dall'ordinamento come quello dotato di maggiore intrinseca gravità.

Il reato di cui all'art. 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 è stato altresì fatto oggetto di discussione dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, con la pronuncia del 28 ottobre 2010, n. 1235.

Con tale decisione, infatti, i Giudici della Suprema Corte hanno avuto modo di comporre il contrasto insorto in seno alle Sezioni Semplici della Cassazione relativamente al concorso di tale norma (oltre che del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ex art. 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) con il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, co. 2, n. 1, c. p.).

Secondo i giudici di legittimità, infatti, le disposizioni citate sono fra loro in rapporto di specialità, in quanto qualsiasi condotta di frode al fisco – purché non ne derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni – non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dall'apposita normativa.

Nell'ordinanza di rimessione, la Sezione Terza della Suprema Corte ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione concernente la configurabilità o meno di un concorso fra i reati di frode fiscale (*ex* artt. 2 ed 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) e di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640, co. 2, n. 1, c.p.

(12) Cass. Pen., 5 aprile 2001, n. 13826, in *Fisco*, 2002, 2, p. 291, nonché in *Giur imp.*, 2001, 3, 4, p. 720, con nota di MUNTONI e in *Boll. trib. inf.*, 2001, 22, p. 1670, con nota di SOANA; cfr. anche Cass. Pen., 15 novembre 2001, n. 40720, in www.italgiure.giustizia.it.

Un primo orientamento, infatti, ha ritenuto esistere un rapporto di specialità fra le due ipotesi di reato, in guisa tale che l'unica fattispecie che può formare oggetto di contestazione è quella prevista dalla disciplina tributaria(13). Si afferma, in particolare, la sussistenza di un rapporto di specialità unilaterale in astratto. Invero, gli artt. 2 e 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 contengono gli stessi elementi del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, cui si aggiunge l'elemento specializzante costituito dall'avvalersi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, o l'emissione o il rilascio fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. Inoltre, viene evidenziato come ai fini dell'integrazione del reato in esame, non si richiede la verificazione dell'evento di danno, il quale ricade nel cono del dolo specifico e la cui realizzazione non è pertanto elemento costitutivo del fatto tipico: proprio tale aspetto esclude che tra le norme tributarie e la truffa possa sussistere un rapporto di specialità reciproca(14).

Un secondo orientamento esclude invece l'esistenza di tale rapporto di specialità, con conseguente concorso delle due ipotesi delittuose(15). A sostegno dell'assunto, si osserva che il reato di frode fiscale in primo luogo non comprende tutti gli elementi del reato di truffa aggravata ai danni dello Stato consumata a mezzo di indebita evasione dell'IVA; in secondo luogo, si tratta di una fattispecie volta alla tutela di interessi diversi ed, infine, nel reato di frode fiscale non è necessaria l'effettiva induzione in errore dell'amministrazione né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'amministrazione.

Un terzo orientamento, infine, intermedio fra i due citati, pur escludendo l'esistenza di un rapporto di specialità tra le predette fattispecie, ritiene che, nel caso in esame, vi sia spazio per l'applicazione del principio di consunzione, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave (truffa) in quella più grave (frode fiscale).

Le Sezioni Unite ripudiano la tesi secondo la quale non può desumersi la mancanza di un rapporto di specialità tra le due fattispecie per il solo fatto che per il perfezionamento della truffa si richiede la presenza di due elementi – l'induzione in errore e il danno – indifferenti per il reato

(13) Cass., 3 dicembre 2009, n. 46671, in www.italgiure.giustizia.it.

(14) In tal senso Cass. Pen., 28 maggio 2008, n. 21566, in *Fisco*, 2008, 28, p. 5077, con nota di Verri, nonché in *Rass. trib.*, 2008, 6, p. 1751, con nota di D'Angelo. Nella pronuncia si osserva che il verificarsi dell'evento di danno, «è stato deliberatamente posto dal legislatore al di fuori della fattispecie oggettiva, rendendo così indifferente che esso di verifichi e postulandosi come necessaria soltanto la sussistenza del collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale».

(15) Così Cass. Pen., 14 novembre 2007, n. 14707, in www.italgiure.giustizia.it..

tributario. Infatti, secondo giurisprudenza ormai consolidata nei reati di frode fiscale non occorre l'effettiva induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria, né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'Amministrazione(16). Alcune pronunce, approfondendo tale orientamento, specificano che la ravvisabilità del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato non costituisce violazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., qualora dalla dinamica dei fatti e sulla base di obiettivi elementi di riscontro si configuri una condotta truffaldina tipica ed in equivoca desunta dalle particolari modalità esecutive dell'evasione fiscale(17).

La Suprema Corte ritiene quindi di comporre il contrasto, come anticipato in precedenza, aderendo al primo dei citati orientamenti, concludendo per la sussistenza di un rapporto di specialità tra le rispettive norme incriminatrici.

In via preliminare, i giudici di legittimità ripercorrono i criteri enucleati da dottrina e giurisprudenza per specificare i presupposti necessari per la configurabilità del concorso di reati ovvero per ritenere l'esistenza di un concorso apparente di norme, ed in particolare operano un'attenta disamina del principio di specialità.

5. Ricostruzione ed evoluzione del principio di specialità nel diritto penale

In ambito di concorso apparente di norme, l'ordinamento positivo è ispirato al principio di specialità, unico criterio consacrato a livello testuale nell'art. 15 c.p., il quale prevede che «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

E bene sin d'ora premettere che, stante la rigidità del citato dato normativo, la dottrina ha dovuto affrontare sia il problema della perimetrazione dell'ambito di operatività dell'art. 15 c.p., sia il problema della possibilità di affiancare a tale principio ulteriori criteri alla stregua dei quali verificare la natura apparente o meno del concorso di norme(18).

(16) Cfr. in particolare Cass. Pen., 26 maggio 2010, n. 25883, in `www.italgiure.giustizia.it`.

(17) Cass. Pen., 23 gennaio 2007, n. 6825, in *Cass. pen.*, 2008, 3, II, p. 972, con nota di Geraci.

(18) Garofoli, *op. cit.,* p. 1030.

Quanto a tale ultima questione, nel tentare di proporre criteri alternativi al principio di specialità, la dottrina segue due distinti filoni: le teorie c.d. monistiche da un lato (le quali ritengono che nel problema che ci occupa vada applicato il solo principio di specialità)[19] e le teorie c.d. pluralistiche dall'altro (queste ultime ritengono necessario affiancare al principio di specialità ulteriori criteri, in specie quelli di consunzione, sussidiarietà ed accessorietà).

Tornando al primo dei due problemi sopra evidenziati, si comprende immediatamente come l'aspetto interpretativo dei concetti di "norma speciale" e di "stessa materia" acquisisca rilievo fondamentale.

La giurisprudenza, da ultimo anche nella sentenza n. 1235/2010 in esame, definisce norma speciale quella contenente tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale[20].

La definizione di «stessa materia regolata da più o dalla stessa legge penale», costituisce poi il limite intrinseco all'applicazione del principio di specialità poiché, proprio nell'identità di materia regolata, deve ravvisarsi il fondamento teorico della identità del fatto, primo presupposto del concorso apparente di norme. Nella giurisprudenza della Suprema Corte si sono manifestate le più variegate posizioni, anche nell'ambito delle stesse Sezioni Unite, alcune interpretando la "stessa materia" come identità del bene alla cui tutela le norme in concorso sono finalizzate[21], altre, invece, escludendo che il concorso apparente di norme sia configurabile sulla base del bene giuridico protetto dalle disposizioni apparentemente confliggenti[22].

La giurisprudenza prevalente e più recente, però, prende posizione a favore di un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, prescindendo dall'analisi del fatto storico, ed afferma che il criterio di

(19) Tuttavia, la stessa nozione di specialità finisce poi per essere variamente intesa dalla stessa dottrina che aderisce all'impostazione monista.

(20) Suggestiva è a tal proposito l'immagine che usa la Cassazione Penale nella sentenza 28 ottobre 2010, n. 1235, in www.italgiure.giustizia.it: «è necessario che le due disposizioni appaiano come due cerchi concentrici, di diametro diverso, per cui quello più ampio contenga in sé quello minore, ed abbia, inoltre, un settore residuo, destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità».

(21) Cass., Sez. Un., 21 aprile 1995, n. 9568 in *Mass. pen. Corte suprema di Cass*, 1996, III, p. 99, con nota di Tomeo, nonchè in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1995, p. 1058.

(22) Cass. Pen., Sez. Un., 28 novembre 1981, n. 420, in www.italgiure.giustizia.it.

specialità «presuppone una relazione logico – strutturale tra norme»[23].

Ne deriva che la locuzione «stessa materia» va intesa come fattispecie astratta – ossia come settore, aspetto dell'attività umana che la legge interviene a disciplinare – e non quale episodio in concreto verificatosi sussumibile in più norme, indipendentemente da un astratto rapporto di genere a specie tra queste; il richiamo alla natura del bene giuridico protetto non è considerato decisivo, anche considerando che può ingenerare forti dubbi nell'interprete in caso di reati plurioffensivi.

Una volta riconosciuto perciò un rapporto di parziale identità tra le fattispecie – precisa la Cassazione – il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, in quanto si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia[24].

Alla luce di tali riflessioni la prevalente giurisprudenza è pertanto giunta a fissare il principio secondo cui il concetto di stessa materia di cui all'art. 15 c.p. deve essere interpretato alla stregua di «medesima situazione di fatto», ripudiando il criterio della stessa oggettività giuridica in favore di un canone di tipo strutturale[25]. In altre parole, il criterio di specialità è da intendersi in senso logico-formale, ritenendo, cioè, che il

(23) Cfr fra le altre, Cass. Pen., Sez. Un., 13 dicembre 2000, n. 35, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2002 n. 8545, in www.italgiure.giustizia.it.

(24) Cass. Pen., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568 in *Corr. mer.*, 2007, p. 787, con nota di Piccialli, nonché in *Cass. pen.*, 2007, p. 4526 con nota di Valentini, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3213 con nota di Trojano, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 897, con nota di Grillo, ed in *Ind. pen.*, 2009, p. 659, con nota di Di Giuseppe; nonché Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005 n. 47164, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3208, con nota di Cingari, nonché in *Giust. pen.*, 2006, p. 423, in *Riv. pen.*, 2006, p. 306, in *Cass. pen.*, 2006, p. 866 con nota di Svariati, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 191, con nota di Montagna, ed in *Riv. pen.*, 2007, p. 532, con nota di Stea. Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di applicare il criterio della continenza strutturale tra fattispecie, sia pure in un caso di concorso tra illecito amministrativo e illecito penale, affermando che l'applicazione del principio di specialità ex art. 15 c.p. implica la convergenza su di uno stesso fatto di più disposizioni, delle quali una sola è effettivamente applicabile, a causa delle relazioni intercorrenti tra le disposizioni stesse, dovendosi confrontare le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente unico (C. Cost., sent. 3 aprile 1987, n. 97). Già in precedenza, la stessa Corte aveva affermato che «per aversi rapporto di specialità ex art. 15 c.p. è indispensabile che tra le fattispecie raffrontate vi siano elementi fondamentali comuni, ma una di esse abbia qualche elemento caratterizzante in più che la specializzi rispetto all'altra» (Corte Cost., ord. n. 174 del 1994).

(25) Cappuccio, *Il concorso apparente di norme*, in www.lexfor.it.

presupposto della convergenza di norme possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse[26].

Si conclude così per l'apparenza del concorso nell'ipotesi in cui alcuni o tutti gli elementi della fattispecie siano specifici rispetto ai corrispondenti elementi generici dell'altra (cosiddetta specialità per specificazione), ovvero ancora quando una fattispecie, contenendo tutti gli elementi di una norma generale, ne contempli uno aggiuntivo (si suole parlare, in tal caso, di specialità per aggiunta).

Differente è il caso della specialità cosiddetta reciproca o bilaterale, la quale può secondo parte della dottrina[27] essere ravvisata nel caso in cui, mentre una delle fattispecie presenta un elemento aggiuntivo rispetto a quelli comuni, l'altra ne comprende uno specifico (specialità bilaterale per aggiunta), ovvero nell'ipotesi in cui le fattispecie non presentano elementi aggiuntivi rispetto al nucleo comune, ma ciascuna ne specifica alcuni propri.

6. Criteri regolatori di matrice sia legislativa che giurisprudenziale per la risoluzione del problema del concorso di norme penali incriminatrici

Come già anticipato in precedenza, gli interpreti si dividono fra chi ritiene necessario e sufficiente fare ricorso al solo principio di specialità per regolare il concorso di norme[28], e chi, a quello di specialità, affianca altri parametri, variamente denominati, come i principi di sussidiarietà, di consunzione o di assorbimento[29].

Il problema non è rimasto entro il solo ambito dottrinale, ma è giunto sino alle aule dei Tribunali: un orientamento giurisprudenziale, infatti, ritiene occorra verificare se «al di là del principio di specialità» il concorso materiale dei reati debba essere escluso «alla luce di una

(26) Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in www.italgiure.giustizia.it.

(27) De Francesco, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. It. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 416.

(28) Ci si riferisce alle teorie cosiddette monistiche, per tutti Mantovani, *op. cit.*, p. 489.

(29) Il rimando è chiaramente alle teorie pluralistiche, per le quali si rinvia all'opera di Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937; nonché allo scritto di Moro, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954.

manifestata volontà normativa di valutare in termini di unitarietà le pur omogenee fattispecie»[30].

Si vorrebbe, in tal modo, richiamare il c.d. principio di consunzione o di assorbimento, accolto da parte della giurisprudenza e della dottrina, che troverebbe riconoscimento legislativo nello stesso art. 15 c.p. il quale, se da un lato sancisce il principio di specialità, dall'altro lato ne ammette delle deroghe a favore della norma che prevede il reato più grave.

Le norme legate dal rapporto di consunzione perseguono scopi per loro natura omogenei, senza che, tuttavia, tale rapporto di omogeneità si risolva nell'identità del bene giuridico, che costituisce soltanto il nucleo dello scopo della norma, così che lo scopo della norma che prevede un reato minore sia chiaramente assorbito da quello relativo ad un reato più grave il quale esaurisca l'intero disvalore del fatto ed assorba l'interesse tutelato dall'altro, in modo che appaia con evidenza inammissibile la duplicità di tutela e di sanzione in relazione al principio di proporzione tra fatto illecito e pena, che ispira il nostro ordinamento[31].

Il criterio di consunzione[32] nasce dal fatto che il criterio di specialità non è ritenuto suscettibile di risolvere tutte le situazioni di concorso apparente, di modo che è necessario fare ricorso a criteri non espressamente codificati, ma conforme all'interpretazione sistematica, quale appunto è quello della consunzione[33].

Contro tale tesi è stato osservato in giurisprudenza che «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, in quanto l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici»[34]; inoltre bisogna rilevare che i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, facendo dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale.

Non può trascurarsi, inoltre, di considerare che il principio di legalità trova fondamento anche nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre che nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili

(30) L'orientamento, allo stato minoritario, è sostenuto da Cass. Pen., Sez. Un., 28 marzo 2001, n. 22902, in *Riv. pen.*, 2001, p. 734, nonché in *Cass. pen.*, 2002, p. 112, con nota di Faiella, ed in *Giust. pen.*, 2002, II, p. 140.

(31) Fiandaca – Musco, *Diritto penale, parte generale*[5], Milano, 2012, p. 667 ss.

(32) Pagliaro, *Concorso di norme*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1958, p. 545 ss.

(33) Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 28 marzo 2001, n. 22902, *sent. cit.*, v. *supra*, nt. 30.

(34) Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, *sent. cit.*, v. *supra*, nt. 24.

e politici e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, oggi espressamente richiamata nel corpus comunitario attraverso l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007).

Si comprende, pertanto, la necessità del rigoroso rispetto del principio di legalità e dei conseguenti principi di determinatezza e tassatività, anche con riferimento alla materia del concorso apparente di norme incriminatrici.

Certamente, non può trascurarsi l'esigenza sottesa alla giurisprudenza che fa ricorso al criterio della consunzione, cioè il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ma tale rispetto è assicurato da una applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la *ratio* delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità.

7. Considerazioni conclusive

La Suprema Corte opta dunque per un'applicazione piena del criterio di specialità.

Tuttavia, le conclusioni dei giudici di legittimità, nonostante l'ampia ed articolata motivazione, nonché la corposa disamina del principio di specialità e dei criteri distintivi fra concorso di reati e concorso apparente di norme, non sembrano condivisibili sotto il versante probatorio, soprattutto laddove non vengono individuati gli elementi di prova dai quali sia possibile evincere la volontà del dipendente di consentire a terzi l'evasione. Sembra infatti essere questo il vero *punctum dolens* della questione, in quanto è innegabile che la volontà del dipendente nella generalità dei casi sia diretta a conservare il proprio posto di lavoro più che a consentire l'evasione fiscale a terzi.

Ecco allora che un chiarimento della Suprema Corte in ordine alle modalità di commissione o alle circostanze di fatto dalle quali ricavare tale consapevolezza in capo al soggetto, necessaria anche quanto alla determinazione dell'esistenza dell'elemento costitutivo del dolo specifico, sembra nel breve periodo quanto mai necessaria.

Abstract

Starting with a comment to a recent judgment of the Supreme Court, the work revisits the fundamental principles developed by the doctrine

and jurisprudence in relation to the crime of emission bills for nonexistent transactions. In the second part, the attention is focused on the complex relationship between temporal succession of different law, analyzing the way for resolve the conflict written in the Civil Code and the other ways born in the Courts and based on the case law.